

I riflessi penali del sistema concessorio nel settore del gioco lecito: omesso riversamento del PREU e peculato alla luce delle Sezioni Unite n. 6087/2021.

di **Claudio Urciuoli** e **Tommaso Politi**

Sommario: **1.** Premessa: il diritto penale del gioco lecito. - **2.** Gli apparecchi da gioco e gli operatori di filiera. - **3.** L'importo residuo: natura, destinazione, compiti del gestore/terzo incaricato. - **4.** Il quesito di diritto rimesso alle SS. UU. - **5.** L'impostazione problematica della sentenza Cass. Pen., sez. VI, n. 21318/2018. - **6.** Ulteriori problematiche sorte a seguito dell'ordinanza di remissione: la qualifica di incaricato di pubblico servizio ex art. 358 c.p. del gestore/terzo incaricato e del concessionario. - **7.** L'orientamento prevalente della giurisprudenza penale in contrasto con la sentenza Cass. Pen., sez. VI, n. 21318/2018. - **8.** La natura tributaria del PREU: il giocatore come contribuente di fatto. - **9.** Il rapporto concessorio e i suoi riflessi sull'appartenenza originaria allo Stato di (tutti i) proventi del gioco. Il ruolo del concessionario quale agente contabile. - **10.** L' "altruità" del denaro maneggiato dal gestore/terzo incaricato (e dal concessionario). - **11.** Il gioco lecito quale servizio pubblico. - **12.** Il gestore quale incaricato di un pubblico servizio ex art. 358 c.p. - **13.** Conclusioni: la configurabilità del diritto di peculato in capo al gestore/terzo incaricato nel caso dell'omesso versamento dell'importo residuo.

1. Premessa: il diritto penale del gioco lecito

Da quasi vent'anni, il diritto penale del gioco lecito si è caratterizzato, più che altri settori, per una difficoltà dovuta all'elevato indice di specializzazione richiesto dalla materia e di conseguente tecnicizzazione delle fattispecie concrete.

A questo dato, connaturale all'attività e alla specificità del settore, occorre aggiungere: a) la stratificazione e la scarsa organicità della normativa, primaria e soprattutto secondaria; b) la (solo apparente, come si vedrà) scollatura tra norme di carattere amministrativo e norme tributarie; nonché, da ultimo, c) la pressoché totale assenza di produzione dottrinale in un settore generalmente negletto, nonostante gli enormi spunti di interesse e l'elevato numero di casi giurisprudenziali. Se si considera tutto questo, si arriverà a comprendere le ragioni della difficoltà talora incontrata nell'interpretazione pretoria.

E ancora, gli interventi legislativi *in subiecta materia*, oltre che disorganici, sono stati ovviamente contrassegnati da una spiccata attenzione a quegli aspetti della disciplina che, in maniera diretta o indiretta, sono suscettibili di incidere sul (notevolissimo) gettito erariale generato dall'attività del gioco. Di fronte a questo quadro, il rischio è quello di un disorientamento sistematico.

Un rischio culminato nella pronuncia della Corte di Cassazione, sez. VI, n. 21318 del 2018¹, la quale, partendo da una "rilettura" delle fonti normative primarie in tema di gioco lecito e valorizzandone atomisticamente alcune tra esse - segnatamente quelle relative al prelievo erariale unico (c.d. PREU) applicato agli apparecchi da intrattenimento - ha concluso per la mera rilevanza tributaria del mancato riversamento del PREU.

Tale travisamento, oltre ad avere conseguenze esiziali per la sopravvivenza di un intero comparto e delle casse erariali, avrebbe peraltro stravolto i (finora in verità solo abbozzati) *tentativi* di sistematica della materia penale del gioco lecito.

In questo contesto, la pronuncia delle Sezioni Unite in commento costituisce una pietra miliare nel diritto penale del gioco lecito e, in specie, nel settore degli apparecchi da divertimento e intrattenimento con vincita in denaro (meglio noti come *slot machines*) regolamentati dall'art. 110, c. 6 lett. a) e b) del TULPS.

Nonostante il suo indubbio valore, il giudizio poteva peraltro costituire occasione per fare definitivamente chiarezza anche su questioni collaterali e soggiacenti a quella risolta - questioni sulle quali ancora oggi pesa più di un'incertezza ermeneutica, spesso frutto di una lettura tralattizia di pronunce più risalenti.

In questo senso, tuttavia, le Sezioni Unite pur non offrendo diretti riferimenti risolutivi, forniscono indicazioni fondamentali che consentono all'interprete un approccio ermeneutico chiarificatore.

Prima di passare al commento della questione sottoposta alle Sezioni Unite e alla sua soluzione, appare però opportuno riepilogare alcuni dati di base circa il contesto e lo "stato dell'arte", normativo e giurisprudenziale, relativo alle ipotesi di responsabilità penale all'interno della filiera del gioco mediante apparecchi da intrattenimento.

Lo sforzo non sarà stato vano se, da questa prospettiva, si riuscirà a contribuire, in misura seppur minima, a far venire alla luce quella che abbiamo definito "sistematica" del diritto penale del gioco lecito.

2. Gli apparecchi da gioco e gli operatori di filiera

Come noto, l'attività di gioco mediante apparecchi da divertimento e intrattenimento configura un monopolio statale, regolato

¹ Cass. Pen., VI sez., 14 maggio 2018 (ud. 5 aprile 2018) n. 21318/2018.

dall'Amministrazione dei Monopoli e delle Dogane (ADM)².

L'esercizio di tale attività è demandato, su base concessoria, ad un numero ristretto di soggetti commerciali (concessionari), cui lo Stato delega, per quel che qui interessa: a) la commercializzazione del gioco lecito secondo le modalità previste dalla legge; b) l'attivazione e conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco medesimo³.

Ma la filiera del c.d. *gaming* non si esaurisce nella figura del concessionario. La convenzione di concessione, infatti, prevede che i concessionari possano affidare talune operazioni collegate all'attività di gioco a soggetti esterni alla propria organizzazione d'impresa, mediante sottoscrizione di specifici accordi di natura contrattuale, ma dal contenuto sostanzialmente predeterminato da ADM.

Tali soggetti, presenti in gran numero su tutto il territorio nazionale, vengono denominati indifferentemente "gestori" o "terzi incaricati della raccolta", in quanto le attività affidate loro dal concessionario consistono, precipuamente, nell'installazione e manutenzione degli apparecchi da gioco, nonché nella raccolta periodica del c.d. importo residuo, vale a dire delle somme giacenti nel cassetto di ciascun apparecchio, al netto di quanto redistribuito in vincite ai giocatori.

² Già Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS).

³ La conduzione della rete, nell'ambito degli apparecchi *ex art. 110 TULPS*, riguarda esclusivamente quella categoria di apparecchi che rilasciano vincite in denaro, ai sensi dell'art. 110 c. 6 TULPS. In realtà, all'interno della categoria degli apparecchi da divertimento e intrattenimento, è ulteriormente possibile distinguere tre categorie: la prima, relativa agli apparecchi che non rilasciano vincite in denaro, ai sensi del successivo c. 7 dell'art. 110 TULPS. Tali apparecchi non necessitano di collegamento alla rete telematica per la trasmissione in tempo reale dei flussi di gioco, poiché l'imposta su tali apparecchi è regolata forfettariamente. Essi dunque non interessano, se non marginalmente, le tematiche che verranno trattate nel presente lavoro. Le due categorie interessate sono invece relative ad apparecchi con vincite in denaro denominati AWP (*Amusement with prizes*, di cui all'art. 110 c. 6 lett a) del T.U.L.P.S) e VLT (*Videolottery*, di cui all'art. 110 c. 6 lett. B del T.U.L.P.S.). La differenza fondamentale tra le due tipologie risiede nel fatto che gli apparecchi videoterminali (VLT), a differenza delle AWP, non sono "autonomamente funzionanti", in quanto ai fini della loro attivazione è necessario il previo collegamento ad un sistema di elaborazione centrale. In buona sostanza, il funzionamento delle VLT è possibile solo in presenza di un collegamento alla piattaforma tecnologia del concessionario per l'offerta di gioco. Le AWP, invece, sono dotate di un proprio *hardware* e *software* di gioco, inseriti all'interno di ogni singolo apparecchio, che ne permetterebbero il funzionamento anche a prescindere dal collegamento alla rete telematica del concessionario. La fattispecie sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite riguardava il mancato riversamento del PREU generato da apparecchi AWP, ancorché i principi statuiti nella pronuncia risultino in gran parte estensibili anche alla categoria degli apparecchi VLT.

Tutti gli apparecchi installati, mantenuti e "scassettati"⁴ per conto del concessionario – previa contrattualizzazione da parte di quest'ultimo – dal singolo gestore, possono entrare a far parte della rete del gioco lecito solo ed in quanto siano previamente dotati di nulla-osta del concessionario e collegati alla rete telematica di quest'ultimo⁵.

In altri termini, a prescindere dall'esistenza o meno di un rapporto di titolarità materiale tra gli apparecchi e il concessionario (o il gestore), l'elemento essenziale che rende giuridicamente "lecito" il gioco prodotto da ciascun apparecchio è la sua inclusione all'interno della rete di apparecchi del concessionario – e quindi all'interno del sistema concessorio. Qualora gli apparecchi siano di proprietà del gestore (circostanza nella pratica piuttosto frequente), infatti, mediante la sottoscrizione del suindicato accordo egli è tenuto alla "messa a disposizione" del proprio parco apparecchi al concessionario, affinché quest'ultimo li doti del nulla-osta per la messa in esercizio e li colleghi alla propria rete telematica⁶.

Risulterà chiaro, a questo punto, perché, nella casistica giudiziaria, la gran parte dei procedimenti penali concerna proprio attività illecite poste in essere dai "gestori" o "terzi incaricati"⁷, sia nella fase di gestione degli apparecchi che, ancor più, in quella di raccolta dell'importo residuo⁸.

⁴ "Scassettamento" è, gergalmente, l'operazione di prelievo periodico dell'importo residuo all'interno degli apparecchi (dotati appunto di un cassetto) al netto di quanto restituito in vincita ai giocatori.

⁵ Si tratta di una rete telematica finalizzata alla comunicazione in tempo reale dei flussi di gioco ad ADM, verificata da SOGEL (società interamente partecipata dal MEF), che gestisce la piattaforma tecnologica avanzata con la quale l'Agenzia Dogane e Monopoli svolge le attività di controllo e gestione del comparto dei giochi pubblici, garantendo sicurezza e trasparenza a tutti gli operatori coinvolti, nonché la corretta contabilizzazione del gettito erariale maturato attraverso le giocate.

⁶ Pertanto, lo si ribadisce poiché si tratta di un passaggio fondamentale per stabilire l'"altruità" del denaro "maneggiato" dal gestore, a nulla rileva il rapporto "originario" degli apparecchi medesimi con l'eventuale gestore/terzo incaricato (proprietà, *leasing*, noleggio, etc.), che in ogni caso, se li detiene, *ipso iure* (oltre che contrattualmente) li "mette a disposizione del concessionario" quale organizzatore della rete entro la quale il gioco cessa di essere illegale e diviene "lecito".

⁷ Si rammenti che le due definizioni sono equivalenti, designano cioè lo stesso soggetto, a seconda che lo stesso abbia o meno un rapporto di titolarità con gli apparecchi – il qual punto, tuttavia, è irrilevante ai fini che ci occupano.

⁸ Ai soggetti summenzionati, nel solo caso degli apparecchi c.d. AWP, va ancora aggiunta la figura dell'esercente, cioè il titolare dei locali presso cui vengono collocati gli apparecchi. L'esercente, al pari del gestore, è un soggetto soltanto eventuale della filiera del gioco. Infatti, così come il concessionario può mantenere su di sé le attività di conduzione e manutenzione degli apparecchi e di raccolta dell'importo residuo (facendo a meno del gestore/terzo incaricato), così può decidere di collocare gli apparecchi esclusivamente presso locali propri o invece collocarli (anche) presso

Le ragioni sono assai semplici: i concessionari del gioco, soggetti apicali della filiera, sono organizzazioni complesse, caratterizzate al loro interno da diversi piani di controllo e autosorveglianza, dotate, a monte del rapporto concessorio con lo Stato, di elevati requisiti di onorabilità, di affidabilità e di solidità economico-finanziaria, nonché obbligate a prestare allo Stato garanzie patrimoniali di portata tale da sterilizzare qualunque tentazione di tipo appropriativo – che peraltro comporterebbe *ipso iure* la revoca della concessione.

I gestori (o terzi incaricati), invece, sommano su di sé compiti essenziali e fattori di rischio: strutture semplici (in molti casi ditte individuali o società di persone) cui pure, a fronte di tale semplicità strutturale e dei requisiti minimi individuati per l'iscrizione al RIES⁹, sono delegate sia la manutenzione degli apparecchi che il maneggio quotidiano del denaro "scassetato" (denaro avente natura pubblica, come si dirà) in misura di assoluto rilievo.

3. L'importo residuo: natura, destinazione compiti del gestore/terzo incaricato.

Il primo tra gli obblighi dei concessionari è quello di versamento all'Erario del Prelievo erariale unico (di seguito PREU) maturato dagli apparecchi da gioco in dipendenza dell'ammontare delle giocate e al netto di quanto gli apparecchi medesimi erogano in vincite ai giocatori.

A monte dell'attività di versamento del PREU è precipuo compito del concessionario altresì quello di "determinare" l'entità del PREU maturato all'interno della rete telematica dallo stesso realizzata e condotta e, successivamente, di comunicarla al sistema centrale di controllo di ADM che, in questo senso, si limita a recepire e "verificare" quanto attestato dallo stesso concessionario¹⁰.

locali di terzi: gli esercenti, appunto. Se in alcuni casi al titolare dei locali (esercente) è demandata dal Concessionario la mansione di raccolta del PREU mediante "scassetamento" degli apparecchi, *ipso iure* egli assume la qualifica di "terzo incaricato della raccolta", con tutte le conseguenze che ne derivano e che formano oggetto della pronuncia delle Sezioni Unite - la quale, tuttavia, in alcuni passaggi *obiter dicta*, sembrerebbe non aver colto appieno la differenza tra esercente e gestore sotto il profilo dell'attività di raccolta del PREU.

⁹ Trattasi dell'Elenco di cui all'articolo 1 comma 533 come sostituito dall'articolo 1 comma 82 della legge 13 dicembre 2010 n. 220 e dall'articolo 24 decreto legge 6 luglio 2011 n.98, convertito con modificazioni nella legge 15 luglio 2011. n.111, tenuto da ADM.

¹⁰ In tale senso anche la convenzione di concessione: ai sensi dell'art. 14, il concessionario si impegna, "determinare e versare il PREU, secondo le modalità definite dalla normativa vigente nonché dai decreti di AAMS, emanati in corso di concessione" nonché, più in generale, "a trasmettere al sistema di controllo AWP e al

Peraltro, a ben vedere, in tale attività potrebbe rinvenirsi l'esercizio di una pubblica funzione in capo al concessionario *sub specie* del conferimento di un esplicito potere certificativo ex art. 357 c.p.

Rispetto a tale obbligo concessorio, il ruolo (ancillare) ricoperto dalla figura (eventuale) del gestore è chiarita già a partire dal *nomen iuris* di "terzi incaricati [della raccolta del gioco]" che viene loro talora attribuito proprio a sottolineare la peculiarità del loro compito principale.

Sotto la denominazione "raccolta del gioco" ricadono in effetti due distinte attività: a) una, per così dire a monte, consistente nella messa a disposizione ai giocatori degli apparecchi di gioco. In questo senso, per "raccolta del gioco" si intende l'attività di predisposizione e materiale organizzazione stessa del gioco in favore dei giocatori; b) una seconda attività, successiva alla prima, consistente nella "raccolta e nella messa a disposizione del concessionario, a scadenze concordate, dell'importo residuo", così come previsto dalla Convenzione di Concessione¹¹.

Ebbene, *quid iuris* se un gestore/terzo incaricato omette di riversare al concessionario l'importo residuo raccolto?

4. Il quesito di diritto rimesso alle Sezioni Unite.

La questione rimessa alle Sezioni Unite sorge a seguito della citata pronuncia della sesta sezione della Suprema Corte n. 21318 del 2018 (c.d. Poggianti), che ribaltando completamente l'orientamento consolidato delle Sezioni Unite civili, del Supremo Collegio penale nonché del giudice amministrativo e contabile, escludeva la configurabilità del delitto di peculato (nonché, in definitiva, di qualsivoglia illecito penale) in capo al c.d. "gestore" sul presupposto che "il denaro incassato all'atto della puntata, e causa di questa, deve ritenersi non immediatamente di proprietà, pro quota, dell'erario [...], bensì interamente della società che dispone del congegno da gioco, anche per la parte corrispondente all'importo da versare a titolo di prelievo unico erariale".

sistema di controllo VLT di AAMS le informazioni, i dati, e le contabilità relativi all'attività di gioco specificati con Decreto Direttoriale di AAMS" (art. 8 convenzione).

¹¹ Cfr. Decreto Direttoriale AAMS 17 maggio 2006, art. 2 c. 1 lett. C). Dunque il gestore, all'interno del mondo del gioco, riveste un duplice compito, peculiare ed inderogabile, che lo caratterizza quale "terzo incaricato della raccolta": a) quello di raccogliere, appunto, l'"importo residuo", cioè quelle somme – interamente di proprietà dell'Erario - come si diceva, giacenti negli apparecchi da gioco al netto delle vincite erogate ai giocatori dagli apparecchi stessi; b) quello, conseguente, di riversare tale importo al concessionario, che a sua volta provvede a rimetterne allo Stato tutta la quota relativa a prelievo erariale (PREU) e canone di concessione, trattenendo il margine di sua spettanza. Tale ultima fase (riversamento nelle casse del concessionario dell'importo residuo prelevato negli apparecchi da gioco), prende il nome di "messa a disposizione del concessionario".

Da qui il quesito di diritto così formulato dal Collegio remittente¹²: *“se l’omesso versamento del prelievo unico erariale (PREU), dovuto sull’importo delle giocate, al netto delle vincite erogate, da parte del “gestore” degli apparecchi da gioco con vincita in denaro o del “concessionario” per l’attivazione e la conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito, costituisca il delitto di peculato”*.

L’ordinanza di rimessione, poneva, dunque, una duplice problematica rilevante ai fini della configurabilità del delitto di peculato: da un lato, veniva revocata in dubbio – sulla scorta del richiamato, minoritario indirizzo ermeneutico condensato nella pronuncia n. 21318 del 2018 – la sussistenza di una condotta appropriativa da parte del gestore; dall’altro, si dubitava della possibilità di qualificare soggettivamente quest’ultimo (così come il concessionario) quale incaricato di un pubblico servizio ai sensi dell’art. 358 c.p.: due profili intimamente connessi tra loro eppure logicamente distinguibili, entrambi risolti con la sentenza in commento.

5. L’impostazione problematica della sentenza Cass., sez. VI, n. 21318/2018.

La (non accolta) impostazione “innocentista” muoveva da un assunto fondamentale, e cioè che il gestore/terzo incaricato della raccolta, in quanto proprietario del congegno di gioco o comunque ritenuto – erroneamente – suo “detentore”, fosse altresì il proprietario delle somme generate dalle giocate (vale a dire dell’“importo residuo”), trattandosi di “ricavo d’impresa” del gestore.

Come in precedenza chiarito, la principale posta costituente l’importo residuo è rappresentata dal PREU.

Con specifico riferimento al PREU, la sesta sezione, nella pronuncia *de qua*, escludeva che *“il soggetto che incassa le somme delle giocate riceva ab origine denaro di proprietà dell’erario”*, opinando che, al contrario, *“il denaro così percepito costituisce il ricavo di un’attività commerciale (c.d. ricavo d’impresa), sulla quale è parametrata l’obbligazione tributaria”*.

In altri termini, il PREU altro non costituirebbe se non l’oggetto di un’obbligazione tributaria commisurata all’entità del denaro percepito dal gestore nell’esercizio della sua attività commerciale¹³.

¹² Cass. Pen., VI sez., 12 settembre 2019 (dep. 13 gennaio 2020), n. 997/2020.

¹³ Detta conclusione veniva ricavata dalla disciplina di cui agli artt. 39 e ss. della legge 24 novembre 2003, n. 326, a mente della quale: a) il soggetto passivo dell’imposta sarebbe da individuarsi non già nel giocatore all’atto della giocata ma nel concessionario (art. 39, comma 13, legge cit.), rispetto al quale i terzi incaricati sono solidalmente responsabili per le somme dagli stessi raccolte e per i relativi interessi e sanzioni (art. 39-sexies, co.1, legge cit.); b) il termine di riferimento finale per il pagamento del prelievo erariale unico è quello annuale

Pertanto, la condotta di mancato riversamento del PREU commessa dal gestore rappresenterebbe un mero inadempimento tributario, privo di qualsivoglia disvalore penale per difetto del requisito dell'“altruità” delle somme raccolte e – si aggiunga – per la mancanza di una specifica fattispecie penaltributaria incriminatrice rispetto al suo omesso versamento¹⁴.

Il Collegio remittente, nella propria ordinanza, evidenziava come tale conclusione apparisse coerente con la natura tributaria del PREU, risultante da una pronuncia resa dalla Corte costituzionale nel 2006, nell'ambito di un giudizio per conflitto di attribuzione¹⁵.

(dal combinato disposto degli artt. 39, comma 13-*bis* e 39-*bis*, co. 1, legge cit.); c) il prelievo erariale unico è dovuto su tutte le giocate effettuate tramite apparecchi e congegni che erogano vincite in denaro, anche nell'ipotesi in cui questi ultimi siano esercitati in assenza di autorizzazione e al di fuori della rete telematica gestita dal concessionario (art. 39-*quater*, co. 2 e 3, legge cit.). Come ben riassunto nell'ordinanza di remissione, secondo tale impostazione “*il denaro incassato all'atto della puntata, e a causa di questa, deve ritenersi non immediatamente di proprietà, pro quota, dell'erario, bensì interamente della società che dispone del congegno da gioco, anche per la parte corrispondente all'importo da versare a titolo di prelievo unico erariale. Questo perché la giocata genera un ricavo di impresa sul quale è calcolato l'importo che la società deve corrispondere a titolo di debito tributario [...]Di conseguenza, quando [il gestore, ndr] non corrisponde le somme dovute a titolo di prelievo erariale unico, non si appropria di una cosa altrui, ma omette di versare denaro destinato all'Amministrazione finanziaria in adempimento di un'obbligazione tributaria*”.

¹⁴ In dottrina, per una nota di commento adesiva alla (non accolta) impostazione della sentenza Poggianti v. A. MANICCIA, “*I risvolti penalistici della controversia natura giuridica del Prelievo Erariale Unico (PREU)*”, in *Cassazione Penale*, fasc. 2, 2019, pag. 833.

¹⁵ Si tratta di Corte Cost., 19 ottobre 2006 (ud. 26 settembre 2006) n. 334. In quella sede, il Giudice delle Leggi, nell'attribuirne il gettito alla Regione impugnante, affermava che il PREU ha natura di “entrata tributaria erariale”. Il Giudice delle Leggi aveva infatti rilevato come la natura di “entrata tributaria erariale” del PREU discendesse in modo univoco dalla sua disciplina positiva e, in particolare, dalla sua derivazione dall'imposta sugli intrattenimenti “*della quale, pur nella sua autonomia, ha mantenuto le caratteristiche essenziali*” (così l'ordinanza di remissione). Più in particolare, la Corte costituzionale evidenziava che la modifica dei commi 1 e 2 dell'art. 14-bis del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 640 (Imposta sugli spettacoli) conseguente all'introduzione dei commi 8, 9 e dell'art. 39 del citato decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, aveva limitato l'applicazione dell'imposta sugli intrattenimenti originariamente relativa a tutti i congegni di gioco, ai soli, tra questi, non eroganti vincite in denaro (trattasi degli agli apparecchi di cui al c.7 dell'art. 110 TULPS – cfr. nota 3), assoggettando invece ad uno specifico prelievo erariale (PREU) gli apparecchi aventi caratteristiche tecniche tali da consentirne la gestione telematica (i.e. gli apparecchi di cui all'art. 110 c. 6 TULPS). L'introduzione del PREU, tuttavia, non avrebbe carattere “strutturalmente” innovativo rispetto alla disciplina

6. Ulteriori problematiche sorte a seguito dell'ordinanza di remissione: la qualifica di incaricato di pubblico servizio ex art. 358 c.p. del gestore/terzo incaricato e del concessionario.

Alla *questio iuris* circa l'"altruità" delle somme e la correlativa (assenza di) rilevanza penale delle condotte di mancato riversamento del PREU da parte del gestore, l'ordinanza di rimessione ne aggiungeva una, di capitale importanza, relativa alla possibilità (*rectius*: necessità) di qualificare soggettivamente quali incaricati di un pubblico servizio ex art. 358 c.p. sia il gestore/terzo incaricato sia lo stesso concessionario.

La questione proposta può essere esplicitata nella seguente alternativa: il gioco lecito costituisce un settore di pubblico servizio in senso oggettivo anche a prescindere dalla natura del PREU? Detto in altri termini: la qualità di incaricati di servizio pubblico del concessionario e del gestore discende esclusivamente dall'impostazione (la cui validità veniva rimessa alle Sezioni Unite) secondo cui gli stessi sarebbero detentori di *pecunia ab origine publica* (il PREU)?

Le ricadute di tale alternativa, sotto il profilo penale, sono evidenti. Si pensi soltanto alla possibilità di individuare, una volta eventualmente stabilita la titolarità dell'importo residuo (e segnatamente del PREU) in capo ad un soggetto diverso dal gestore (Stato o concessionario), la corretta fattispecie incriminatrice: ove si acceda alla ipotesi di una sostanziale estraneità del settore al concetto penalistico di pubblico servizio, potrebbe al più configurarsi un'appropriazione indebita aggravata, ai sensi degli art. 646 c.p. e 61 n. 11¹⁶.

Ponendo la questione, la Corte remittente segnala come le stesse Sezioni Unite Civili, 29 maggio 2019 (ud. 4 dicembre 2018), ord. n. 14697, avevano rilevato a più riprese che l'attività del gioco, pur svolgendosi in ambito concessorio, non avesse natura di servizio pubblico, né assolvesse una funzione neanche *latu sensu* pubblicistica¹⁷.

dell'imposta sugli intrattenimenti. Il presupposto rimarrebbe il medesimo, vale a dire, ai sensi del primo periodo del comma 13 dell'art. 39 del decreto-legge n. 269 del 2003, l'utilizzazione di apparecchi e congegni per il gioco lecito negli esercizi autorizzati. Anche l'imponibile, d'altro canto, continuerebbe ad essere costituito, ai sensi del primo periodo del comma 13 dell'art. 39 del decreto-legge n. 269 del 2003, dai proventi del gioco. Il soggetto passivo dell'imposta andrebbe infine individuato nel concessionario della rete per la gestione telematica degli apparecchi.

¹⁶ In questo senso non sono mancate pronunce di merito: si cfr., per tutte, Trib. di Roma, sentenza del 23 giugno 2016.

¹⁷ È appena il caso di evidenziare che, nella medesima pronuncia, le Sezioni Unite civili avevano concluso per la natura originariamente pubblica delle somme riscosse dai concessionari e sub-concessionari (*i.e.* i gestori), qualificando i primi quali agenti contabili proprio (e solo) in dipendenza del maneggio di denaro pubblico ad essi affidato.

Si domandava dunque alle Sezioni Unite se l'esercizio del gioco d'azzardo, ancorché in regime concessorio, rientrasse nel perimetro proprio ai pubblici servizi oppure ne fosse per natura evidentemente estraneo, ove si astraesse dalle connesse entrate tributarie e dal vantaggio erariale che ad esse consegue.

Questa l'ulteriore questione posta dal remittente, il quale, nella propria ordinanza, non nascondeva di dubitare della possibilità di riconoscere al settore del gioco quell'asservimento a finalità di interesse generale che è intrinsecamente connessa alla nozione di cui all'art. 358 c.p. secondo il criterio oggettivo-funzionale sposato dal legislatore del 1990¹⁸.

Queste le questioni sottoposte al vaglio delle Sezioni Unite.

7. L'orientamento prevalente della giurisprudenza penale in contrasto con la sentenza Cass., sez. VI, n. 21318/2018.

È necessario, a questo punto, esaminare l'indirizzo giurisprudenziale "opposto" a quello, testé riassunto, di Cass. Pen., sez. VI, n. 21318/2018.

Si tratta di un indirizzo unitario nel senso della configurabilità del delitto di peculato in capo al gestore che ometta di riversare il PREU raccolto.

A partire dal 2008, infatti, presso la Corte nomofilattica si è formato un orientamento univoco: a) nel ritenere il denaro raccolto negli apparecchi da gioco *ab initio* di spettanza dell'Erario, almeno con riferimento al PREU e b) nel qualificare il terzo incaricato della raccolta/gestore come all'uopo incaricato di un pubblico servizio.

Così la sentenza della Cassazione, VI sezione penale, 15 settembre 2008 (ud. 28 maggio 2008) n. 35373, e soprattutto quella emessa dalla Cassazione, II sezione, 30 aprile 2013 (ud. 10 aprile 2013) n. 18909.

Il discrimine posto allora dal Supremo Collegio riguardava l'esistenza o meno di condotte artificiose che avessero reso possibile al gestore/terzo incaricato l'apprensione di somme di denaro giocate dai giocatori: in caso di esistenza di tali artifici o raggiri, si sarebbe dovuta configurare la frode informatica aggravata, ovvero, a seconda della natura dell'artificio, la truffa pluriaggravata, rispetto alla quale la frode informatica si atteggia a norma speciale. Diversamente, in caso di apprensione da parte del terzo incaricato

¹⁸ Come noto, la L. 26 agosto 1990, n. 86, art. 18 ha riscritto la fattispecie eliminando ogni riferimento al rapporto d'impiego con lo Stato o altro ente pubblico. In riferimento alla dibattuta questione del concetto di "servizio pubblico" e di "rilevanza pubblica" cfr. le sentenze citate dalla stessa Corte remittente: Cass. Pen., VI sez., 3 novembre 2016 (ud. 21 settembre 2016) n. 46235, Froio, Rv. 268127; Cass. Pen., VI sez., 6 marzo 2017 (ud. 23 novembre 2016) n. 10875, Carloni, Rv. 272079; Cass. Pen., VI sez., 17 febbraio 2016 (ud. 12 novembre 2015) n. 6405, Minzolini, Rv. 265830; Cass. Pen., VI sez., 10 gennaio 2019 (ud. 20 novembre 2018) n. 993, Consiglio, Rv. 274938.

di somme lecitamente giacenti negli apparecchi con vincite in denaro – ed è il caso che qui interessa –, si sarebbe dovuto configurare il delitto di peculato. Questo principio di diritto, ha trovato conferma anche in pronunce successive per ciò che concerne la sussistenza del peculato nei fatti appropriativi, mentre è stato in certa misura “stravolto”, fino ad esiti paradossali, per ciò che concerne i fatti manipolativi¹⁹.

Da ultimo, ancora, Cass. Pen., VI sez., 5 febbraio 2020 (ud. 30 aprile 2019) n. 4937, in aperto contrasto proprio con la sentenza n. 21318 del 2018 della stessa sezione, affermava *expressis verbis* che “*gli operatori di filiera non contraggono una mera obbligazione tributaria bensì, rivestendo il ruolo di incaricati di pubblico servizio (consistente nella raccolta del denaro dei giochi), sono tenuti a versare immediatamente al concessionario le somme ottenute dai giochi attraverso gli apparecchi predisposti per le giocate*” e, quale immediato e necessitato precipitato logico, che “*commette il reato di peculato il titolare dell’attività di raccolta delle giocate, allorché omette il versamento delle somme riscosse per conto dell’Amministrazione Finanziaria, atteso che il denaro incassato dall’agente è, sin dal momento della sua riscossione, di pertinenza della P.A.*”.

L’orientamento ultradecennale favorevole al riconoscimento del delitto di peculato in capo al gestore infedele risultava del resto già conforme alle numerose pronunce in materia di lotto, disciplina in larga parte analoga a quella del gioco lecito mediante apparecchi da intrattenimento, quanto a modalità di ripartizione degli aggi e dei tributi²⁰.

8. La natura tributaria del PREU: il giocatore come contribuente di fatto.

Arriviamo così alla decisione in commento.

Una volta riassunte le posizioni in campo, il primo punto preso in esame dalle Sezioni Unite è quello relativo alla natura del PREU. Il Supremo Collegio non ha dubbi: “*Il PREU è configurato come imposta sul consumo*”, sostitutiva della precedente forma di imposta sugli intrattenimenti applicata agli apparecchi da gioco. In altri termini si ribadisce quanto affermato dalla Corte Cost. 19 ottobre 2006 (ud. 27 settembre 2006) n. 334/2006.

A questo punto, il successivo passaggio del percorso motivazionale attiene alla corretta qualificazione del concessionario come contribuente di diritto e non di fatto.

¹⁹ Limitando qui l’analisi ai fatti appropriativi, il principio è stato ribadito ad esempio, negli stessi esatti termini, da Cass. Pen., sez. V, 31 maggio 2018 (ud. 6 aprile 2018) n. 24634 e ancora da Cass. e da Cass. Pen., VI sez., 10 aprile 2018 (ud. 1 febbraio 2018) n. 15860.

²⁰ In materia di gioco del lotto cfr., ad esempio, Cass. Pen., VI sez., 26 luglio 2007 (ud. 17 maggio 2007) n. 30541. Più recentemente, Cass. pen., VI sez., 26 novembre 2015 (ud. 21 maggio 2015) n. 46954.



"La natura di imposta di consumo, quindi, porta a ritenere che rispetto al PREU il giocatore è il contribuente di fatto, mentre il concessionario è il contribuente di diritto; l'imposta, difatti, è computata sull'importo della giocata e non sul reddito di impresa del contribuente di diritto".

Già nell'indirizzo minoritario di Cass., sez. VI, 21318/2018 e ancora nell'ordinanza di rimessione, infatti, si evidenziava come il concessionario fosse individuato dalla legge come soggetto passivo d'imposta. Da tale argomento, la sentenza del 2018 aveva inferito che il gestore, poiché solidalmente responsabile con il concessionario – per l'appunto il soggetto passivo d'imposta previsto dalla legge – per il versamento del PREU (ex art. 39-sexies, co. 1, d.l. n. 269/2003), non ricevesse affatto denaro *ab origine* di proprietà dell'Erario, bensì denaro costituente il ricavo di un'attività commerciale, legittimamente o illegittimamente svolta come si dirà, sulla quale è, poi, parametrata l'obbligazione tributaria (il PREU, considerato, a torto, come un peculiare tipo di imposta sul reddito).

Tuttavia, proseguono le Sezioni Unite, il fatto che il concessionario sia individuato dalla legge quale contribuente di diritto, non significa che sia anche necessariamente il contribuente di fatto.

In tanto risiedeva l'equivoco in cui sono incorse la sentenza 21318/2018 prima e l'ordinanza di rimessione poi; equivoco in verità parzialmente indotto dalla stessa lettera della legge n. 269/2003 che, privilegiando di fatto quei profili connessi alla tutela del (consistente) gettito erariale generato dal gioco lecito fin dalla previsione del concessionario quale "soggetto passivo d'imposta" con riferimento al PREU, ha finito per prestare il fianco a molteplici dubbi interpretativi nonché dalla pronuncia del 2006 del Giudice delle Leggi in punto di presupposti e base imponibile del PREU (v. *infra*, in questo paragrafo).

Al contrario, proprio la natura di imposta sul consumo, nel caso del gioco con gli apparecchi da intrattenimento, rende evidente che il contribuente di fatto vada individuato nel giocatore, mentre la configurazione del concessionario come contribuente di diritto è necessaria per consentire all'Erario di poter liquidare e riscuotere agevolmente il PREU.

La conclusione appare del tutto condivisibile, ancorché essa ometta di confrontarsi *funditus* con tutti gli argomenti proposti (direttamente o indirettamente) dall'ordinanza di rimessione nel richiamo alla Corte Costituzionale del 2006.

Come abbiamo visto, infatti, il Giudice delle Leggi aveva affermato che la natura tributaria del PREU riposi sulla sua genesi dall'imposta sugli intrattenimenti, della quale, pur nella sua autonomia, avrebbe mantenuto le caratteristiche essenziali. Tra tali caratteristiche essenziali, la Corte costituzionale menzionava in primo luogo il presupposto impositivo – da rinvenirsi, ai sensi del primo periodo del comma 13 dell'art. 39 del decreto-legge n. 269 del 2003, nell'*utilizzazione* di apparecchi e congegni per il gioco

lecito negli esercizi autorizzati; in secondo luogo, l'imponibile, che continuerebbe ad essere costituito dai *proventi del gioco*²¹.

Sono considerazioni compiute in *obiter* che, se erano irrilevanti ai fini del decidere sulla natura tributaria del PREU, non appaiono del tutto convincenti e soprattutto non appaiono francamente conciliabili con la ricostruzione delle Sezioni Unite.

Mentre la discendenza del PREU dall'imposta sugli intrattenimenti è indiscutibile, non è altrettanto scontato che la finanziaria 2004, istitutiva del PREU, manchi di valenza "novativa" sul *presupposto* del tributo. Si può al contrario evidenziare che, nella norma manchi qualunque riferimento sia al DPR 640/1972 sia al concetto di "utilizzazione degli apparecchi". L'art. 39 c. 13 stabilisce testualmente quanto segue: "*agli apparecchi e congegni di cui all'art. 110 c. 6 [...] collegati in rete, si applica un prelievo erariale unico fissato in misura del 13,5 per cento delle somme giocate*". Il mancato riferimento al DPR 640/1972 da parte dell'art. 39 c. 13 (istitutivo del PREU), a ben vedere, non può dirsi casuale²². Se ne deve dunque dedurre che, in accordo con quanto sostenuto sinora, la creazione di quella particolarissima (e sino ad allora inedita) forma di tributo che è il PREU, abbia sostanzialmente inciso anche sul presupposto del contributo medesimo, che oggi è la giocata stessa e non il "provento del gioco", rendendo il giocatore il reale contribuente di fatto.

Solo così opinando è possibile "riconciliare" la pronuncia della Corte Costituzionale con l'odierna decisione delle Sezioni Unite.

Del resto, a destare ancor più perplessità era semmai l'inquadramento tributario del PREU sposato dalla sentenza 21318/2018 e, almeno apparentemente, dalla stessa ordinanza di rimessione.

Entrambe muovevano da presupposti errati.

In primo luogo, a dispetto di quanto possa dirsi quando si tenti di semplificare il discorso, il PREU è prelevato sulle somme giocate e non sulla raccolta netta: in altri termini, non è affatto calcolato sull'importo delle somme giocate al netto delle vincite erogate, bensì – direttamente e semplicemente – sull'importo delle somme giocate.

²¹ Ne conseguirebbe - sempre secondo la Corte costituzionale - che il soggetto passivo di imposta sarebbe da rinvenire "nel titolare del nulla-osta" per l'esercizio dei suddetti apparecchi e congegni e che detto soggetto corrisponderebbe al gestore degli stessi: qui peraltro – ad evidenziare la tecnicità della materia - la Corte Costituzionale commette l'errore di indicare nel gestore il titolare di nulla osta, mentre detta titolarità è incontestabilmente in capo al concessionario sin dalla istituzione di tale figura e cioè a decorrere dal 26 luglio 2004.

²² Tale considerazione vale ancor di più ove si consideri che, nei commi precedenti del medesimo articolo 39 si andava a modificare ed abrogare il contenuto proprio di quello stesso DPR con riferimento agli apparecchi ex art. 110 c. 6 TULPS, limitandone la portata ai soli apparecchi "comma 7", cioè quelli non eroganti vincite in denaro.

Il prelievo, infatti, come abbiamo accennato, non è quantificato su quanto rimane nel cassetto dell'apparecchio (rapporto scommesse-vincite) e viene quindi prelevato dal terzo incaricato e, infine, riversato al concessionario - e dunque sul *quantum* che si supporrebbe poter costituire "ricavo d'impresa" in base all'ordinanza di rimessione - ma su una grandezza diversa, che è costituita dall'importo scommesso dal giocatore.

Se questo non inficia la possibilità dei conteggi istante per istante dalla rete telematica (di talché, all'atto dello "scassetto", risulta esattamente all'Erario a quanto ammonti il PREU maturato fisicamente giacente nell'apparecchio), non può, d'altro canto, assumersi che il presupposto economico del prelievo sia il ricavo maturato dal terzo incaricato o dal concessionario, già per la ragione che la base imponibile del tributo è diversa (e più grande).

In secondo luogo, che il presupposto dell'imposta sia il ricavo d'impresa va escluso anche perché il prelievo non varia al variare delle somme nette raccolte (scommesse-vincite), ossia di quello che, nell'indirizzo minoritario, sarebbe il presunto ricavo d'impresa del gestore.

Ciò che induce inevitabilmente a ritenere come la manifestazione di capacità contributiva non possa essere individuata nelle somme che residuano per gli operatori del settore (concessionario, terzi incaricati ed esercenti), bensì nella spesa suntuaria costituita dalla scommessa fatta dal giocatore, sul quale ultimo grava in concreto il "peso" del prelievo (*pre-lievo*, il termine non è stato scelto a caso proprio perché indica un intervento a monte).

In effetti, il PREU risulta dovuto *ab origine* - ossia al momento in cui le somme sono scommesse dal giocatore - essendo totalmente irrilevanti le successive vicende che riguardano l'esito della scommessa, le vincite e il residuo che rimane nel cassetto, dal momento che all'Erario compete una percentuale fissa di quanto giocato: ecco perché è certamente erroneo affermare che il PREU costituisca l'oggetto di un'obbligazione tributaria parametrata al ricavo dell'attività commerciale del gestore/terzo incaricato (così come del concessionario).

Ne consegue che sono proprio i giocatori a sopportare l'onere del prelievo, sotto forma della differenza esistente, nel meccanismo del gioco, tra somme giocate e montepremi destinato alle vincite.

In altri termini, la posizione di contribuente di diritto del concessionario risulta necessitata e meramente strumentale a consentire una ordinata e puntuale riscossione del PREU che è tuttavia calcolato e prelevato "*a monte*" (sulle somme giocate) e che il concessionario è solo chiamato a riversare allo Stato, senza alcuna possibilità di confusione con il patrimonio dei soggetti della filiera del gioco che lo detengono²³.

²³ Il crinale ricostruttivo seguito dalla sentenza Cass. Pen., sez. VI, sent. n. 21318/2018 (PREU come parte del ricavo d'impresa del gestore), da questo punto di vista,

Da quanto detto sinora si ricava la profonda differenza che intercorre tra la figura gestore nel settore del gioco lecito e quella dell'albergatore, il cui omesso versamento dell'imposta di soggiorno risulta ad oggi depenalizzato. All'albergatore, come noto, è stata infatti attribuita dal c.d. decreto rilancio (d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. in l. 17 luglio 2020, n. 77), la qualifica di "responsabile d'imposta" e tale posizione soggettiva risulta *ontologicamente* incompatibile con quella di incaricato alla riscossione per conto dell'Amministrazione (*i.e.* del Comune), con la conseguenza che, in quanto destinatario dell'obbligo tributario, risulta sostanzialmente mutato il "*rapporto intercorrente tra il gestore della struttura ricettiva e l'ente impositore*" e l'omesso versamento dell'imposta di soggiorno è oggi qualificabile al più come illecito amministrativo-tributario e non già alla stregua del delitto di peculato²⁴. Per ciò che concerne la materia del gioco lecito, al contrario, i ruoli di contribuente di diritto e di soggetto solidalmente responsabile attribuiti dalla legge rispettivamente al concessionario e al gestore, hanno una precisa ragione di ordine (esclusivamente) tecnico, mentre tutte le somme giacenti nel "cassetto", come si spiegherà anche di seguito, sono di pertinenza della P.A.

9. Il rapporto concessorio e i suoi riflessi sull'appartenenza originaria allo Stato di (tutti i) proventi del gioco. Il ruolo del concessionario quale agente contabile.

Si giunge così ad uno degli snodi centrali della sentenza: una volta stabilito che il contribuente di fatto è il giocatore, non esiste più alcuna contraddizione tra natura tributaria del PREU – imposta sui consumi – e proprietà originaria dello stesso in capo allo Stato. Natura pubblica e natura tributaria delle somme incassate dagli apparecchi vengono in effetti a coincidere, nel caso di specie, in quanto "*i proventi del gioco presenti negli*

avrebbe determinato conseguenze aberranti: si pensi soltanto, da questo punto di vista, che l'ammontare del PREU raccolto andrebbe inserito tra le entrate percepite dal gestore/terzo incaricato, andando a contribuire in tal modo alla composizione del "volume d'affari" nelle voci di bilancio per la valutazione dei requisiti di solidità economico-finanziaria del gestore medesimo (!), con tutto ciò che ne consegue in termini di informazioni – in questo caso scorrette – agli eventuali azionisti, ai terzi e al mercato. Si pensi ancora alla ipotizzabilità di eventuali detrazioni e/o compensazioni.

²⁴ Cfr. Cass., sez. VI, 17 dicembre 2020 (ud. 28 ottobre 2020), n. 36317, una delle prime pronunce in tema di depenalizzazione della condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno da parte dell'albergatore. In questi termini anche il commento alla sentenza delle Sezioni Unite di E. PENCO, "*Apparecchi da gioco e omesso versamento del Prelievo Erariale Unico: le Sezioni Unite confermano la configurabilità della fattispecie di peculato nel caso del gestore che si impossessi dei proventi del gioco*", in Sistema Penale, 2021, scheda del 25 febbraio 2021.

*apparecchi, al netto del denaro restituito quale vincita agli scommettitori, apparteng[on]o all'Amministrazione"*²⁵.

Sul versante amministrativo, al contrario, il PREU configura *"un'entrata erariale qualificabile come tale ab origine"* rispetto alla quale il concessionario assume il ruolo di agente contabile *"e non semplicemente quello di soggetto passivo d'imposta"*. Per capire le ragioni di tale duplice "veste" (tributaria e amministrativa) del PREU e, correlativamente, del concessionario e dei soggetti che collaborano con quest'ultimo nella sua raccolta, occorre focalizzarsi sul rapporto concessorio²⁶.

Le concessioni in materia di gioco lecito hanno per oggetto le funzioni pubbliche connesse all'organizzazione e all'esercizio del gioco e, dunque, per tale ragione, tali concessioni si considerano di carattere "traslativo", fermo il potere di vigilanza e controllo da parte dello Stato²⁷.

²⁵ Ciò in quanto, secondo le Sezioni Unite, *"il regime fiscale previsto dal legislatore non incide sull'obbligo del concessionario di assicurare, mediante, la conduzione operativa della rete telematica, la contabilizzazione delle somme giocate, delle vincite e del P.R.E.U. La natura tributaria dell'imposta (Corte cost. 334 del 2006) e la qualificazione del concessionario come soggetto passivo d'imposta (ex art. 1, comma 81 della legge n. 296 del 2006) operano limitatamente al rapporto di natura tributaria"*.

²⁶ Sul punto v., *amplius*, M. MACCHIA, *"Il regime concessorio dei giochi e delle scommesse pubbliche"*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.4, 1 dicembre 2020, pag. 1041.

²⁷ Cfr. Cass. Pen., III Sez., 20 febbraio 2018 (ud. 20 dicembre 2017) n. 4026. Quanto alla natura delle concessioni in tema di gioco lecito, la prevalente dottrina (S. CASSESE, *Il regime giuridico del gioco e la sentenza Gambelli, Relazione alla tavola rotonda "I nuovi orientamenti della UE in materia di gioco pubblico: il principio della riserva di legge da parte dello Stato e i riflessi sul libero mercato"*, Roma, 10 maggio 2004; L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, in *Commentario al codice civile, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli*, Milano, 2018, p. 132) ritiene che si tratti di una concessione "traslativa", trasferendosi in capo al privato, che diviene concessionario, un potere di cui l'Amministrazione è titolare e di cui mantiene la legittimazione esclusiva, ma che non vuole esercitare direttamente. All'esercizio di funzioni pubbliche da parte del concessionario fanno riferimento anche le disposizioni *"sulla riduzione delle risorse statali a disposizione, a titolo di compenso, dei concessionari e dei soggetti che secondo le rispettive competenze, operano nella gestione e raccolta mediante gli apparecchi da parte del concessionario del gioco lecito"* di cui agli artt. 1, comma 649, della L. 23.12.2014 n. 190 (la *"Legge di Stabilità 2015"*) e 1, comma 921, della L. 28.12.2015, n. 208. Da ultimo, nelle convenzioni di concessione per l'attivazione e la conduzione operativa della rete telematica per la gestione del gioco lecito mediante gli apparecchi da divertimento ed intrattenimento di cui all'art. 110, comma 6, lett. a) e b) del TULPS, non a caso, significativamente, si prevede la disciplina delle *"modalità di esecuzione delle attività e delle funzioni"* che *"il concessionario è tenuto ad effettuare le attività e le funzioni pubbliche trasferite attenendosi alle prescrizioni indicate nella convenzione di concessione, con*

La giurisprudenza, d'altronde, è costante nel ritenere che l'attività svolta da una società – privata o pubblica – in virtù di concessione amministrativa, è qualificabile come esercizio di una funzione amministrativa e determina l'inserimento della stessa nell'apparato organizzativo della P.A., il che comporta l'assunzione di particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali e degli interessi, cui l'attività medesima, nel suo complesso, è preordinata e che viene svolta dal concessionario, sostituendosi alla P.A.²⁸.

Le Sezioni Unite, richiamando in tal senso diverse pronunce della magistratura contabile, rilevano come sia proprio la gestione in via esclusiva di un'attività del soggetto pubblico con imposizione di particolari obblighi a determinare la nascita di un soggetto che ha la disponibilità materiale "*di beni, materie e valori di pertinenza pubblica*". Tale soggetto è ovviamente il concessionario.

Ne consegue che "*il denaro raccolto con l'utilizzo di apparecchiature collegate alla rete telematica della P.A. deve ritenersi, quindi, denaro pubblico e ciò, ovviamente, non tanto in ragione della sua provenienza, che è squisitamente privata, ma in forza del titolo di legittimazione alla giocata che rende lecito un gioco d'azzardo altrimenti vietato*".

Se infatti "*il privato deve utilizzare l'apposito canale pubblico rappresentato dalle apparecchiature elettroniche collegate alla rete telematica della Pubblica Amministrazione per effettuare la sua giocata, ne consegue che il denaro impiegato diventa denaro pubblico*".

Tanto ciò è vero, annotano i Giudici di Legittimità, che le Sezioni Unite civili e il giudice contabile hanno univocamente statuito che il denaro raccolto è soggetto alle regole pubbliche di rendicontazione e il cui maneggio genera *ex se* l'imprescindibile obbligo dell'agente a rendere giudiziale ragione della gestione attraverso un documento contabile che dia contezza della stessa e delle sue risultanze²⁹.

Come già accennato, le Sezioni Unite nell'aderire all'impostazione giurisprudenziale assolutamente maggioritaria richiamata *supra*, ne sviluppano ulteriormente gli argomenti, portandoli alla loro logica ed ineludibile conclusione: vale a dire che non soltanto il PREU bensì "*(tutti) i proventi del gioco presenti negli apparecchi, al netto del denaro restituito quale vincita agli scommettitori, appartengano all'Amministrazione*".

organizzazione, propria o di terzi, di mezzi ed attrezzature, garantendo i livelli di servizio previsti dal capitolato tecnico".

²⁸ Cass. Civ., Sez. Un., 4 dicembre 2009 (ud. 27 ottobre 2009) n. 25495; Cass. Civ., I sez., 28 febbraio 2017 (ud. 15 dicembre 2016) n. 5065; Cass. Civ., I sez., 14 giugno 2016 (ud. 9 marzo 2016) n. 12260.

²⁹ Corte Conti Lazio, Sez. Reg. Giurisd., 5 novembre 2010 (ud. 27 ottobre 2010) n. 2110.

E ancora una volta le considerazioni del massimo consesso penale, riposano (anche) su arresti del Giudice civile, a riprova della complessità della materia e delle sue implicazioni interdisciplinari, richiedendo le diverse questioni in campo la soluzione di delicati nodi interpretativi su profili problematici già affrontati in altri settori della giurisdizione³⁰.

Qualche cenno merita anche la confutazione degli *altri* argomenti posti sul tavolo dalla sentenza 21318/2018 e dall'ordinanza di rimessione (che, in *parte qua*, pareva aderire all'impostazione "innocentista") allo scopo di inquadrare il PREU quale mero oggetto di un'obbligazione tributaria commisurata all'entità del "ricavo d'impresa" del gestore nell'esercizio della sua attività commerciale.

A tale riguardo va subito ribadito come le Sezioni Unite penali abbiano ritenuto la questione già di per sé risolta dalla rilevata e pacifica conciliabilità tra il profilo "tributario" del PREU – imposta sui consumi, il cui soggetto passivo è rappresentato soltanto *di diritto* dal concessionario, mentre *di fatto* è da individuarsi nel giocatore all'atto della puntata - e profilo "amministrativo" del PREU, assorbente quest'ultimo ai fini penalistici, –

³⁰ In particolare, quello della proprietà dell'importo residuo è un punto che può dirsi oramai risolto da tre pronunce delle Sezioni Unite civili che, con un progressivo grado di approfondimento, hanno chiarito l'originaria appartenenza alla pubblica amministrazione di tutti i proventi del gioco lecito (nonché il correlativo ruolo di agente contabile dei concessionari che tali incassi maneggiano, su cui si tornerà più oltre). Dapprima, due ordinanze depositate nel giugno 2010, Cass. Civ., Sez. Un. 1 giugno 2010 (ud. 20 aprile 2010) n. 13330 e Cass. Civ., Sez. Un., 21 giugno 2019 (ud. 4 dicembre 2018) n. 14891, hanno chiarito che la società concessionaria del gioco lecito *"riveste la qualifica di agente della riscossione tenuto al versamento di quanto riscosso e, dunque, al conto giudiziale degli introiti complessivamente derivanti dalla gestione telematica del gioco lecito, compreso il compenso del concessionario"*. Sul punto, si è ancor più diffusamente espressa, in tempi recentissimi, Cass. civ., Sez. Un., 29 maggio 2019 (ud. 4 dicembre 2018) n. 14697, che, muovendo dall'analisi della disciplina legislativa, ribadisce la natura pubblica del denaro riscosso. Da un lato, il *"sistema di collegamento diretto [alla rete telematica, n.d.r.], rivolto in particolare al flusso di denaro, riscosso in conseguenza del gioco lecito, ed alle sue destinazioni (vincite, canone di concessione, deposito cauzionale, obbligazioni tributarie, compenso del concessionario) così come previste dalla legge, ne evidenzia la diretta appartenenza pubblica"*; dall'altro *"questa conclusione non è contraddetta dall'adozione del regime fiscale previsto dal legislatore perché questo peculiare profilo non incide sull'obbligo del concessionario di assicurare mediante la conduzione operativa della rete telematica la contabilizzazione delle somme giocate, delle vincite e del P.R.E.U"* e, pertanto, *"la natura tributaria dell'imposta (Corte Cost. 334 del 2006) e la qualificazione del concessionario come soggetto passivo d'imposta (ex art. 1, comma 81 della l. n. 296 del 2006) operano limitatamente al rapporto di natura tributaria/senza incidere sulla senza incidere sulla funzione di agente della riscossione di denaro pubblico"*.

denaro *ab origine* di pertinenza della P.A., in relazione al quale il concessionario svolge il ruolo di agente contabile.

Anche confrontandosi con tali, ulteriori argomenti, poi, non muta il risultato della pertinenza erariale dell'importo residuo.

Non spostano i termini del discorso né le modalità annuali di versamento del PREU previste dal combinato disposto degli artt. 39, co. 13-*bis* e 39-*bis*, co. 1, d.l. n. 269/2003, né la circostanza che l'imposta sia dovuta allo Stato con riferimento a tutte le somme giocate tramite gli apparecchi che erogano vincite in denaro, anche nell'ipotesi in cui questi operino al di fuori di qualunque autorizzazione e restino estranei alla rete telematica del concessionario *ex art. 39-quater*, co. 2 e 3, d.l. n. 269/2003.

Sotto il profilo temporale, il riferimento all'anno solare ha, a ben vedere, quale giustificazione, non già quella di delineare un'imposta da liquidarsi su base annuale in funzione dell'ipotetico presupposto (ricavo d'impresa) riferibile al concessionario (né, meno che mai, al gestore/terzo incaricato), bensì una ragione squisitamente tecnica: si tratta di una previsione resasi sostanzialmente necessaria al fine di agevolare le attività contabilizzazione e di rendicontazione giudiziale degli importi raccolti; a ben vedere è la medesima *ratio* che ha spinto il Legislatore a prevedere in materia di raccolta e riversamento del PREU il concessionario quale soggetto passivo d'imposta (di diritto)³¹.

Quanto alle disposizioni di cui all'art. 39-*quater*, co. 2 e 3, d.l. n. 269/2003, si tratta di norme dalla chiara valenza sanzionatoria e di matrice spiccatamente erariocentrica, che rispondono ad esigenze di gettito ma che non hanno alcuna valenza affermativa circa la titolarità del PREU in capo al gestore/terzo incaricato³².

³¹ L'art. 39-*bis* d.l. n. 269/2003, invero, infatti, le modalità di liquidazione (giudiziale) da parte di AAMS del PREU già versato, sicché il riferimento al 31 dicembre del secondo anno successivo a quello per il quale è dovuto il PREU, è dettato esclusivamente dalla circostanza che, essendo il concessionario tenuto - in qualità di agente contabile - alla resa del conto giudiziale entro il 28 febbraio dell'anno successivo a quello di effettiva raccolta dell'imposta, la liquidazione effettiva, vale a dire giudiziale, del PREU - quella cioè che poi potrà consentire eventuali iscrizioni a ruolo - non può che essere successiva alla presentazione di detto conto giudiziale.

³² A ben considerare, infatti, la normativa di settore, all'art. 39-*quater*, co. 2, l. cit., suddivide in due macroaree le fattispecie di PREU generato da fatto illecito, a seconda che il fatto illecito avvenga o meno all'interno della filiera concessoria. Nel primo caso, il concessionario resta obbligato in via subordinata a riversare il maggior PREU rispetto a quello contabilizzato dalla propria rete. Nel secondo, la responsabilità per il fatto illecito radica in capo a chi lo ha commesso l'obbligo di riversamento di un correlativo PREU. Cionondimeno, se a praticare illecitamente il gioco è un gestore e se la pratica illecita riguarda un apparecchio munito di nulla osta (ma illecitamente scollegato), il concessionario che lo ha contrattualizzato

10. L'“altruità” del denaro maneggiato dal gestore/terzo incaricato (e dal concessionario)

Giunti a questo punto del percorso logico-giuridico sviluppato nella pronuncia che si annota, risulterà chiaro come l'importo residuo non possa che considerarsi “altrui” rispetto al patrimonio di *tutti* i soggetti operanti nella filiera del gioco lecito, così pienamente integrando la condotta appropriativa del gestore infedele l'elemento oggettivo del delitto di peculato, atteso che questi all'atto dell'omesso versamento indubbiamente si appropria il denaro altrui detenuto – *nomine alieno* come si dirà di qui a breve – in forza di un ben preciso titolo, vale a dire il contratto di “subconcessione” sottoscritto col concessionario.

Lasciando per un istante da parte la (non più) *vaexata quaestio* della qualifica soggettiva degli operatori della filiera del gioco lecito, le fila tirate delle Sezioni Unite penali non potrebbe essere più chiare: se, come è vero, “*non è in discussione se il PREU in sé sia un'imposta, in quanto questa natura è pacifica proprio alla luce della normativa inequivoca che lo disciplina*”, risultando in “*questione la natura pubblica degli incassi del gioco realizzati utilizzando una certa tipologia di apparecchi*”, appare del tutto corretto l'indirizzo ermeneutico maggioritario che “*non qualifica quale peculato il mancato pagamento del PREU quale imposta, bensì l'indebita appropriazione dell'intero incasso prelevato dagli apparecchi di cui una (maggior) parte, ma non il tutto, destinata al pagamento del PREU*”.

Dal lato del concessionario, pertanto, la risposta al quesito circa l'altruità delle somme maneggiate nonché circa il disvalore penale di una sua eventuale appropriazione non può che essere nel senso della responsabilità per il delitto di peculato “*perché si tratta di “denaro pubblico”, che egli gestisce in veste formale di agente contabile, indipendentemente dalla ulteriore considerazione se, nella gestione del gioco lecito, svolga un pubblico servizio*”. Parimenti, e questa volta dal lato del gestore, il rapporto tra quest'ultimo e il denaro oggetto di “scassetamento” non può che essere, logicamente, di detenzione *nomine alieno*, in nome e per conto cioè del concessionario – configurandosi così l'elemento dell'altruità della cosa necessario ai fini dell'integrazione del delitto di peculato – giacché il gestore “*non assume mai il possesso autonomo del denaro, secondo gli schemi della convenzione di*

resterà obbligato in via subordinata. In tutti gli altri casi il PREU è dovuto all'Erario direttamente ed esclusivamente dal soggetto che organizza il gioco illegale, comportandosi, di fatto, come un concessionario (illegale), e perciò agendo (illegalmente) *iure proprio* e *non nomine alieno*. Correlativamente, laddove un soggetto (e qui non importa la qualifica di gestore/terzo incaricato o soggetto totalmente abusivo) eserciti illecitamente la conduzione di apparecchi da gioco totalmente al di fuori della filiera del gioco lecito, sarà tenuto, oltre che a rispondere dei relativi illeciti penali, a riversare all'Erario un PREU secondo le percentuali di legge.

*concessione che non consente di "cedere" la concessione, ma solo di avvalersi di soggetti addetti ai dati compiti, imponendo contenuti ai contratti di collaborazione per funzioni di garanzia del corretto esercizio dell'attività", ragione per la quale "il denaro che le figure di supporto dell'attività del concessionario hanno in gestione non può mai definirsi a loro appartenente"*³³.

Del resto, sia consentito annotare che la conclusione secondo cui il denaro incassato con gli apparecchi da intrattenimento sarebbe di proprietà esclusiva del terzo incaricato della raccolta (o del concessionario) quale ricavo d'impresa, si porrebbe in stridente contraddizione non soltanto con l'impostazione della consolidata giurisprudenza civile e contabile sopra richiamata, condivisa dalle Sezioni Unite penali, ma anche con l'insieme del diritto positivo (a livello di fonti normative primarie e secondarie) nonché con le fonti contrattuali dei rapporti in essere tra le parti³⁴.

Il ricavo del concessionario, infatti, non è mai pari all'importo delle somme raccolte, bensì al compenso riconosciuto dallo Stato che è pari al residuo netto, una volta che vi siano state detratte le somme di spettanza dell'Erario (il PREU), quelle di spettanza dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (il canone di concessione), quelle di spettanza dei giocatori (le vincite), e, da ultimo, quelle di spettanza dei terzi incaricati della raccolta (il loro corrispettivo per l'attività svolta)³⁵.

E l'importo di tale ultimo corrispettivo è definito puntualmente nei contratti stipulati tra il concessionario e i singoli terzi incaricati, ed è pari ad una

³³ Non a caso, come già accennato, il gestore è definito dalla normativa di settore, a partire dal profilo nominale, "terzo incaricato della raccolta", proprio perché detiene *nomine alieno* tali somme raccolte negli apparecchi, laddove tale *terzietà* (riconosciuta nello stesso contratto tra concessionario e gestore) è prima di tutto e soprattutto rispetto alle somme che detiene a titolo di PREU, canone concessorio e margine del concessionario.

³⁴ La Convenzione di concessione, all'articolo 28, prevede ad esempio che *"a fronte degli adempimenti connessi all'affidamento delle attività e delle funzioni previste dalla concessione, il concessionario percepisce un compenso onnicomprensivo, determinato sulla base della raccolta del gioco tramite gli apparecchi da divertimento ed intrattenimento al netto di quanto dovuto ad AAMS, all'Erario, agli utenti, ai soggetti abilitati contrattualizzati per la raccolta dell'importo residuo ai sensi del presente atto di convenzione"*. E ancora, al punto 4) del medesimo articolo della Convenzione, si chiarisce che *"tutti i corrispettivi per qualsivoglia prestazione, inerenti all'attività della raccolta del gioco tramite gli apparecchi da divertimento ed intrattenimento, contenuti in rapporti contrattuali con soggetti abilitati, devono essere resi disponibili per esigenze di carattere pubblicistico secondo le modalità indicate da AAMS"*.

³⁵ La stessa Convenzione di concessione - quale atto che disciplina il rapporto tra concessionario ed ente concedente e che, pertanto, costituisce il titolo per l'esercizio delle attività affidate e la percezione della relativa remunerazione - è peraltro chiara nell'affermare che il PREU e il canone di concessione non concorrono a formare il compenso del concessionario.

determinata percentuale della raccolta netta.

Appare pertanto evidente come tutto il denaro maneggiato dal gestore/terzo incaricato a seguito della puntata del giocatore posseda un preciso *vincolo di destinazione*, essendo già *ripartito a priori*, in base alla quota di competenza di ciascuno, tra Erario, Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, giocatori per le vincite, concessionario e terzi incaricati.

Non può, quindi, in alcun modo ritenersi corretto affermare che le somme raccolte siano tutte ricavo d'impresa per il terzo incaricato (o per il concessionario), in quanto ad ognuno di detti operatori economici compete (quale "corrispettivo" per l'attività svolta) soltanto una parte delle somme in questione³⁶.

Del resto, una diversa conclusione non sarebbe neppure logica rispetto all'attività che viene assegnata ai gestori. Infatti, tali soggetti sono precipuamente incaricati della raccolta delle somme giocate e del loro riversamento al concessionario; ne consegue che la raccolta di dette somme costituisce in tutta evidenza l'*oggetto* della prestazione e non può rappresentare al contempo il ricavo della stessa.

Nulla muta, ovviamente, se – come di fatto avviene – il margine di sua spettanza è trattenuto dal gestore *prima* del riversamento al concessionario: se, cioè, il gestore riversi al concessionario l'importo residuo già nettato del proprio minimo margine, secondo una procedura c.d. *down-up* (*id est* dalla "base" della filiera del gioco lecito, costituita dai gestori, verso il "vertice" rappresentato dallo Stato) ovvero se, al contrario, sia il concessionario a rimettere tale margine al gestore in un secondo momento, cioè dopo essersi visto riversare dal gestore tutto l'importo residuo (come peraltro prevedeva il comma 649 della legge di stabilità 2015)³⁷.

Quali che siano le scelte organizzativo-finanziarie-gestionali, il c.d. margine

³⁶ Quanto detto è stato, peraltro, confermato anche dall'Amministrazione finanziaria che ha precisato quanto segue: "*nella prassi operativa, il corrispettivo per l'attività del gestore è in genere quantificato in una misura percentuale delle somme giocate tramite l'apparecchio e, dunque, si tratta - evidentemente - di un compenso riconosciuto dal concessionario per l'attività di raccolta delle giocate*" (cfr. circolare n. 21/E del 2005 dell'Agenzia delle Entrate).

³⁷ Intuitive le ragioni di celerità e semplificazione sottostanti tale sistema di remunerazione costruito non già *up-down* bensì *down-up*: non è, infatti, lo Stato-amministrazione ad elargire materialmente il denaro occorrente alla remunerazione della filiera; al contrario sono gli operatori della filiera a raccogliere il denaro (pubblico) rinveniente dalle giocate. È, pertanto, ragionevole che questi ultimi, dedotto dall'importo raccolto al netto delle giocate (ossia dall'importo "scassettato") quanto destinato a titolo di imposta erariale, a titolo di canone di concessione e a titolo di altri eventuali oneri, trattengano la quota loro spettante a titolo di compenso, in base agli accordi in essere con il concessionario, al quale devono riversate tutto il residuo.

del gestore resta infatti il suo unico "ricavo d'impresa".

Così come, specularmente, il margine del concessionario è l'unico "ricavo d'impresa" di quest'ultimo.

In altri termini, l'importo residuo, in quanto tale, non entra mai a far parte del patrimonio del gestore/terzo incaricato; a farne parte entra solo il suo aggio, una volta che il concessionario glielo abbia riconosciuto mediante la contabilizzazione in tempo reale dei flussi, anche quando – se contrattualmente previsto – il gestore l'abbia trattenuto *pro quota* prima del riversamento dell'importo residuo al concessionario.

11. Il gioco lecito quale servizio pubblico.

Risolta in senso positivo la *questio iuris* circa l'"altruità" delle somme e la conseguente, indubbia rilevanza penale delle condotte appropriative poste in essere dal concessionario e/o dal gestore/terzo incaricato della raccolta occorre dunque soffermarsi, seguendo l'impostazione delle Sezioni Unite, sulla possibilità (*rectius*: necessità) di qualificare soggettivamente quale incaricato di un pubblico servizio ex art. 358 c.p. sia il concessionario sia il gestore/terzo incaricato, dal momento che, sotto questo profilo, può dirsi che la responsabilità penale in capo ai soggetti della filiera del gioco lecito *simul stabunt simul cadent*.

L'ordinanza di rimessione aveva, infatti, revocato in dubbio che al concessionario potesse attribuirsi la qualifica di incaricato di pubblico servizio *a prescindere* dal maneggio di denaro pubblico e dal ruolo di agente contabile da questi ricoperto. In effetti, la quasi totalità delle pronunce (v. *supra*, par. 7) si era limitata a far dipendere la qualifica soggettiva del concessionario dalla natura pubblica del PREU raccolto e dal ridetto ruolo di agente contabile, "trasmettendo" tale qualifica al gestore sovente indicato quale subconcessionario per la raccolta del PREU.

Le Sezioni Unite ritengono invece che sia doveroso fornire una risposta al secondo quesito posto (se il gioco lecito abbia natura di pubblico servizio). Dalla risposta al quesito addirittura dipenderebbe la "trasmissibilità" della qualifica soggettiva dal concessionario al gestore/terzo incaricato, atteso che quest'ultimo non riveste la qualifica di agente contabile né è correlativamente chiamato alla resa del conto giudiziale.

In altri termini, la pronuncia in commento postula in primo luogo la natura "derivata" della qualifica di incaricato di un pubblico servizio del gestore terzo/incaricato dalla medesima qualifica rivestita dal concessionario con cui è contrattualizzato.

Come si è detto, infatti, nel settore del gioco lecito, l'unico interlocutore nei rapporti con l'Amministrazione concedente è il concessionario, scelto in esito ad apposita procedura di evidenza pubblica e sulla scorta di penetranti requisiti reputazionali e di solidità economico-finanziaria.

È quest'ultimo ad assumere di sé, pertanto, ogni correlativa responsabilità,

organizzativa, tecnica ed economica³⁸ in ordine allo svolgimento di un servizio pubblico, sostituendosi alla P.A. concedente nell'esercizio delle funzioni e pur rimanendo assoggettato al relativo potere di vigilanza e controllo.

Come ricordato in precedenza, lo stesso concessionario è ad ogni modo autorizzato allo svolgimento dei propri compiti, non solo direttamente, ma anche per il tramite di terzi soggetti, in possesso delle prescritte autorizzazioni e legati al concessionario da appositi contratti di diritto privato (ma dal contenuto predeterminato dall'atto concessorio e da ADM, già AAMS).

In base a quanto previsto dalle convenzioni di concessione, infatti, il concessionario per la gestione del servizio affidatogli è facultizzato ad avvalersi di terze figure previamente individuate – purché iscritte nell'apposito elenco di cui all'art. 1, comma 533, della L. 23.12.2005 n. 266 e ss.mm.ii. – e, dunque, qualificabili come "soggetti abilitati" (in pratica i gestori e gli esercenti).

In altri termini, nei rapporti con la parte pubblica, il concessionario assume su di sé, in via esclusiva, ogni responsabilità organizzativa, tecnica, economica e finanziaria, inerente all'esecuzione e gestione di tutte le attività e funzioni connesse all'attivazione e conduzione della rete telematica, ivi compresa l'organizzazione della pluralità degli operatori che, secondo lo stesso paradigma convenzionale così come messo a punto dal concedente, compongono la filiera del gioco lecito.

Ora, occorre indagare, per l'appunto, quanti e quali compiti possano essere "affidati" dal concessionario al gestore/terzo incaricato nell'ambito del rapporto di "subconcessione" nonché la natura degli stessi, al fine di poter fondare i requisiti penalistici della qualifica di incaricato di un pubblico servizio in capo a tutti gli operatori della filiera del gioco lecito, essendo in tale senso necessario individuare, la "*disciplina pubblicistica delle attività in concreto espletate dall'agente*"³⁹.

Infatti, se, come detto, il maneggio di denaro pubblico nella "*veste formale di agente contabile*" è necessario ma anche sufficiente ad inquadrare il concessionario tra i soggetti di cui all'art. 358 c.p – addirittura "*indipendentemente dalla ulteriore considerazione se, nella gestione del gioco lecito svolga un pubblico servizio*" –, ciò non sarebbe altrettanto valido con riferimento al gestore.

Avuto riguardo a tale ultima figura, infatti, la pertinenza dell'importo residuo alla P.A. certamente consente di escludere la teoria del "ricavo d'impresa",

³⁸ Si veda in proposito l'art. 10, co. 1, della concessione, rubricato "*Responsabilità unica del concessionario*".

³⁹ Sul punto, *amplius*, E. DOLCINI – G. MARINUCCI, "*Codice penale commentato*", IV edizione, Tomo II, Wolters Kluwer, Milano, 2015, p. 1036 e dottrina ivi citata.

rendendo evidente l'“altruità” del denaro scassettato e la sua estraneità e non confondibilità rispetto al patrimonio del gestore. Tuttavia, non con altrettanta certezza e per ciò solo può valere allo scopo dell'individuazione della corretta qualificazione soggettiva da attribuire al gestore.

Da qui l'“*ulteriore problema*” di annoverare il concessionario tra gli incaricati di un pubblico servizio ex art. 358 c.p., questa volta, “*per la complessiva attività svolta, a prescindere dal ruolo di agente contabile*”.

E “*si tratta*”, ad avviso della Suprema Corte, “*di un passaggio necessario per ritenere che tale qualificazione spetti anche al gestore il cui eventuale ruolo di incaricato di pubblico è condizionato dall'esserlo anche il concessionario dal quale deriverebbe il conferimento dei compiti nella conduzione del servizio pubblico*”.

In primo luogo, annota la sentenza, il gestore non può ricoprire *in proprio* il ruolo di agente contabile: vi ostano impedimenti di natura tanto logica quanto giuridica.

Da un punto di vista logico il ruolo di agente contabile nella materia *de qua* è già ricoperto dal concessionario e “*un ruolo autonomo di agente contabile del gestore*” contrasterebbe con quello del concessionario “*avente lo stesso oggetto*”; sotto il profilo giuridico la convenzione di concessione non conferisce al gestore “*autonomia e responsabilità di gestione*” nel maneggio degli incassi: del resto, diversamente opinando, vi dovrebbe essere una “*autonoma relazione, quanto alla resa del conto ex R.D. 23 maggio 1924, n. 827, tra i “subconcessionari” ed il giudice contabile*”, il che, ovviamente, non è nel caso di specie.

In definitiva, in tale passaggio della motivazione, il rapporto tra il concessionario e il gestore con riferimento alla raccolta e versamento del PREU – *pecunia publica* sembra essere ricondotto in tutto e per tutto a quello tra l'agente contabile ex art. 178 r.d. n. 827/1924⁴⁰ e il suo ausiliario previsto

⁴⁰ A mente del quale: “*sotto la denominazione di agenti contabili dell'amministrazione si comprendono: a) gli agenti che con qualsiasi titolo sono incaricati, a norma delle disposizioni organiche di ciascuna amministrazione, di riscuotere le varie entrate dello Stato e di versarne le somme nelle casse del tesoro; b) i tesorieri che ricevono nelle loro casse le somme dovute allo Stato, o le altre delle quali questo diventa debitore, eseguiscono i pagamenti delle spese per conto dello stato, e disimpegnano tutti quegli altri servizi speciali che sono loro affidati dal ministro delle finanze o dal direttore generale del tesoro; c) tutti coloro che, individualmente ovvero collegialmente, come facenti parte di consigli di amministrazione per i servizi della guerra e della marina e simili, hanno maneggio qualsiasi di pubblico denaro, o sono consegnatari di generi, oggetti e materie appartenenti allo Stato; d) gli impiegati di qualsiasi amministrazione dello Stato cui sia dato speciale incarico di fare esazioni di entrate di qualunque natura e provenienza; e) tutti coloro che, anche senza legale autorizzazione prendono ingerenza negli incarichi attribuiti agli agenti anzidetti e riscuotono somme di spettanza dello Stato*”.

dall'art. 188 del medesimo Regio decreto ed in base al quale resta ferma la responsabilità esclusiva del primo verso l'Amministrazione per l'attività del secondo, anche se l'assunzione dell'ausiliario sia stata approvata dall'autorità competente⁴¹.

Le Sezioni Unite ritengono pertanto necessario confrontarsi con tutte le argomentazioni proposte dal rimettente, pur muovendo da una premessa diametralmente opposta rispetto a quella sottostante all'orientamento minoritario (*rectius* isolato) della sentenza c.d. Poggianti (la più volte citata 21318/18), che aveva generato il contrasto giurisprudenziale.

Tale impostazione, come già ampiamente analizzato, proponeva infatti la tesi dell'importo residuo quale "ricavo d'impresa", radicalmente escludendo per questa via che il PREU fosse denaro *ab origine* di pertinenza erariale. In tal modo, anche ove tale ricavo fosse, sempre *in thesi*, spettato ad un soggetto della filiera del gioco lecito *diverso* tanto dal gestore quanto dallo Stato – vale a dire al concessionario, divenuto, nella prospettiva della sentenza 334 del 2006 della Corte costituzionale, l'unico "organizzatore" dell'attività di gioco mediante gli apparecchi di cui all'art. 110, co. 6, T.U.L.P.S. a seguito dell'introduzione nel 2004 del c.d. sistema concessorio nonché, sempre nella prospettiva del Giudice delle Leggi del 2006, l'unico titolare dei nulla-osta necessari per la messa in funzione degli apparecchi medesimi – la qualifica soggettiva, penalmente rilevante, di incaricato di un pubblico servizio del gestore/terzo incaricato, avrebbe dovuto fondarsi su argomenti diversi ed ulteriori rispetto al maneggio del denaro che, in tale ricostruzione, sarebbe stato sì "altrui" ma non già "pubblico"⁴².

Nella seconda parte dell'ordinanza di rimessione, non a caso, si dubitava del fatto che l'attività di organizzazione e gestione del gioco lecito potesse essere ricondotta all'*effettivo esercizio di funzioni nell'ambito di un pubblico ufficio o servizio*.

⁴¹ Questo il testo della norma citata nella sentenza: "*Gli agenti indicati nell'articolo 178 del presente regolamento, oltre che della loro gestione personale, rispondono altresì dell'operato dei cassieri, impiegati o commessi di cui si valgono nel proprio ufficio, anche se la loro assunzione sia stata approvata dalle autorità competenti. Tale responsabilità non varia né diminuisce per la vigilanza, pel sindacato o pel riscontro che venisse esercitato da altri funzionari sulla gestione dei detti agenti*".

⁴² In punto di qualifiche soggettive, può affermarsi come nemmeno la sentenza Poggianti si fosse in realtà discostata dall'orientamento "tradizionale", atteso che anch'essa assumeva la qualifica di incaricato di un pubblico servizio del gestore/terzo incaricato alla luce del ruolo e dei compiti complessivi attribuitigli dalla normativa di settore e, soprattutto, della sua partecipazione ad un'attività svolta in regime concessorio: "*Peraltro, incidentalmente, si può osservare che la qualifica soggettiva [di incaricato di un pubblico servizio ex art. 358 c.p., ndr] sembra correttamente contestata, in quanto i fatti si sono svolti in un contesto di rapporti di concessione*" (cfr. pag. 13 sent. n. 21318/2018).

E a tale scopo, si citava un passaggio invero alquanto criptico di una recente sentenza della Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite, 29 maggio 2019 (ud. 4 dicembre 2018) n. 14697, ove si afferma che una società concessionaria per la gestione del gioco lecito mediante apparecchi sarebbe *"concessionaria di un'attività che non ha né natura di servizio pubblico, né assolve ad una funzione lato sensu pubblicistica"*. Citazione, ad avviso di chi scrive, decontestualizzata e eccessivamente valorizzata, laddove, si badi bene, la stessa pronuncia del Supremo consesso civile giungeva comunque alla conclusione che il concessionario fosse agente contabile e, dunque, incaricato di pubblico servizio ex art. 358 c.p.

Ad ogni modo, nell'ordinanza di rimessione, in particolare, si evidenzia che con tale affermazione le Sezioni unite civili avrebbero inteso riferirsi *"evidentemente [...] alla intrinseca estraneità dell'esercizio del gioco d'azzardo da parte dello Stato dal perimetro proprio ai servizi pubblici, ove si astragga dalle connesse entrate tributarie e dal vantaggio erariale che ad esse consegue"*.

Ebbene, come confermano le Sezioni Unite nella pronuncia in rassegna, le richiamate conclusioni non risultano coerenti né con l'inquadramento legislativo del gioco lecito nell'ambito del nostro ordinamento giuridico né con gli arresti giurisprudenziali in materia, anche costituzionali ed eurounitari. Le attività di organizzazione ed esercizio dei giochi e delle scommesse sono infatti qualificate come attività economiche per la prestazione di servizi e sono riservate, per legge, allo Stato (decreto legislativo 14 aprile 1948 n. 496, articolo 1)⁴³.

La riserva statale sull'organizzazione dei giochi trova il suo immediato e più diretto fondamento nell'esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica⁴⁴, concretizzandosi quanto a *rationes* nel contrasto al crimine organizzato, nella protezione della pubblica fede contro il rischio di frodi nonché nella salvaguardia dei minori di età e dei soggetti più deboli da una diffusione del gioco incontrollata, indiscriminata e senza regole⁴⁵.

Ed è per tale motivazione che lo Stato italiano ha sempre ritenuto (e continua a ritenere) detta attività oggetto di una *riserva originaria* e, dunque, oggetto

⁴³ La disposizione citata, recante la *"disciplina delle attività di giuoco"*, stabilisce che *"l'organizzazione e l'esercizio di giochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato"*.

⁴⁴ Come noto, tra le materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato a sono annoverati, all'art. 117, lett. h), della Costituzione, l'"ordine pubblico e la sicurezza".

⁴⁵ La disciplina legislativa ed amministrativa del gioco lecito mira chiaramente, altresì, alla salvaguardia di altri beni e valori di immediata e preminente rilevanza costituzionale: non ultima la tutela della salute ex art. 32 Cost., messa potenzialmente a repentaglio da fenomeni quali la ludopatia *et similia*.

di monopolio legale ex art. 43 della Costituzione⁴⁶.

È soltanto accanto a tali imprescindibili ed imperative esigenze che si vengono a collocare quelle connesse *"alle entrate tributarie [...] (ed al) vantaggio erariale che ad esse consegue"* cui fa espresso riferimento, apparentemente considerandole le uniche degne di rilevanza, l'ordinanza di rimessione. È proprio tale connotazione dell'attività di organizzazione e gestione del gioco lecito, dunque, che ne consente, diversamente da quanto si legge nella citata ordinanza, la sicura collocazione nell'ambito dei servizi pubblici ed esclude che la stessa possa essere intesa come connotata da *"intrinseca estraneità [...] da parte dello Stato dal perimetro proprio ai servizi pubblici, ove si astragga dalle connesse entrate tributarie e dal vantaggio erariale che ad esse consegue"*.

Al contrario, tenuto conto dell'inquadramento legislativo, tale attività si colloca tra quelle ritenute di spettanza esclusiva dei pubblici poteri, proprio in ragione della molteplicità dei preminenti interessi pubblici coinvolti dal suo svolgimento, di carattere imperativo ed inderogabile.

In altri termini – nonostante la nozione di servizio pubblico rientri a buon diritto, secondo la migliore dottrina, *"tra quelle più tormentate"*⁴⁷ della

⁴⁶ La giurisprudenza amministrativa, in merito alla portata della previsione di cui all'art. 1 d.lgs. n. 496/1948, è costante nel ritenere che l'espressione adoperata dal legislatore, nel riferirsi all'organizzazione ed all'esercizio dei giochi di abilità, sia talmente ampia da ricomprendere qualsiasi attività di gioco, ivi compresi *"i giochi a mezzo di apparecchi di intrattenimento"*, sottolineando come la *ratio* storica di tale riserva risieda *"nei rilevanti interessi coinvolti nel gioco, quali le esigenze di contrasto del crimine e, più in generale, di ordine pubblico, di fede pubblica, la necessità di tutela dei giocatori, di controllo di un fenomeno che è suscettibile di coinvolgere flussi cospicui di denaro a volte di provenienza illecita e non a caso le norme sul gioco sono inserite nel TULPS. Si tratta dunque di una attività che lo Stato ha sempre ritenuto di proprio esclusivo monopolio ex articolo 43 della Carta Costituzionale e sulla quale ha escluso la libertà di iniziativa economica"* (cfr. TAR Lazio, II sez., 31.05.2005, n. 4296; in senso conf. Cons. Stato, VI sez., 22 aprile 2004 (ud. 20 gennaio 2004) n. 2330, secondo cui *"l'attività di raccolta scommesse e di organizzazione/esercizio di concorsi pronostici, riservata allo Stato e ad altre amministrazioni, integra, alla stregua dell'ordinamento vigente, un servizio pubblico"*; nonché Cass. Pen., Sez.Un., 26 aprile 2004 (ud. 20 gennaio 2004) n. 2330. Il legislatore, infatti, si propone il precipuo obiettivo di canalizzare la domanda e l'offerta di gioco, *"in circuiti controllabili, al fine di prevenirne la possibile degenerazione criminale"*, venendosi, in tal modo, a configurare *"..un sistema integrato di controllo preventivo e di vigilanza continua ...idoneo a soddisfare quella imperativa esigenza di ordine pubblico che tende a contrastare le possibili degenerazioni criminali del settore quali frodi, riciclaggio del denaro sporco, usura e simili..."* (cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 18 maggio 2004 (ud. 26 aprile 2004) n. 23271).

⁴⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *"Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche"*, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 69 e ss.

scienza giuridico-amministrativa – la qualificazione del gioco lecito come servizio pubblico, discende con certezza proprio dall'essere oggetto di una riserva originaria in favore dello Stato⁴⁸ e, ancora, dalla *ratio* della riserva stessa, atteso che *"la causa del potere riconosciuto alla pubblica amministrazione persegue non solo (e non tanto) lo scopo di assicurare un congruo flusso di entrate all'erario, quanto piuttosto quello di garantire, a fronte della espansione del settore, l'interesse pubblico alla regolarità e moralità del servizio e, in particolare, la prevenzione della sua possibile degenerazione criminale"*⁴⁹.

In definitiva, l'attività del gioco lecito rientra a pieno titolo tra le attività *"oggettivamente qualificate per inerenza a pubblici interessi"*⁵⁰ ed assunte a proprio carico dallo Stato.

Ad ulteriore conferma, si consideri come in materia di gioco lecito viga un regime derogatorio della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione, nonché delle libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui, rispettivamente, agli artt. 49 e 56 TFUE, sinora sempre ritenuto legittimo dalla giurisprudenza – sia nazionale, anche costituzionale, che eurounitaria – trattandosi di un regime derogatorio giustificato, appunto, dai richiamati preminenti interessi generali⁵¹.

In questo senso, assume capitale importanza in materia l'arresto della Corte Costituzionale n. 56/2015⁵².

⁴⁸ Cfr., ad es., Cons. Stato, IV sez., 1 marzo 2006 n. 962, secondo cui *"l'attività di raccolta scommesse e di organizzazione/esercizio di pronostici, riservata allo Stato e ad altre amministrazioni integra, alla stregua dell'ordinamento vigente, un servizio pubblico"*.

⁴⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 18 maggio 2004 (ud. 26 aprile 2004) n. 3272.

⁵⁰ Cfr. M.S. GIANNINI, *"Diritto Amministrativo"*, Milano, Giuffrè Editore, 1988, p. 546 e ss.

⁵¹ Solo per limitarci a citare *ex plurimis* alcune delle pronunce più significative del giudice amministrativo ed eurounitario in materia: Cons. Stato, 22.04.2004, n. 2330; in senso conf. Cass. Civ., Sez. Un., 1 giugno 2010 (ud. 20 aprile 2010) n. 13330; Cass. Civ., Sez. Un., 4 dicembre 2009 (ud. 27 ottobre 2009) n. 25495; in senso conf. Corte Conti Reg. Lazio, Sez. Giurisd., 5 novembre 2010 (ud. 27 ottobre 2010), n. 2110; Cons. Stato, II sez., 13 aprile 2011 n. 1264; Cons. Stato, IV sez., 7 ottobre 2005 n. 5203, Corte di Giustizia C.E., Grande Sezione, 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, e Corte di Giustizia, IV sez. 13 settembre 2007, C-260/04.

⁵² Se ne riportano testualmente alcuni passaggi, a definitiva chiarezza della intrinseca natura di servizio pubblico del gioco lecito. Nella pronuncia in commento si legge, infatti che quello del gioco lecito è *"un ambito così delicato come quello dei giochi pubblici, nel quale i valori e gli interessi coinvolti appaiono meritevoli di speciale e continua attenzione da parte del legislatore"* e *"un'attività economica svolta dal privato in regime di concessione di un servizio pubblico riservato al monopolio statale e connotato dai preminenti interessi generali menzionati nel comma 77 dell'art. 1 della legge n. 220 del 2010"*.

A tale pronuncia è infatti dedicato ampio spazio nella sentenza delle Sezioni Unite qui commentata, sia nella parte in cui il Giudice delle Leggi rammenta *“la natura di “concessione traslativa” [delle attività di gestione della rete telematica, ndr], sia quando individua gli interessi pubblici tutelati dalla normativa che disciplina i giochi nella “pubblica fede, l’ordine pubblico e la sicurezza, la salute dei giocatori, la protezione dei minori e delle fasce di giocatori adulti più deboli, la protezione degli interessi erariali relativamente ai proventi pubblici derivanti dalla raccolta dei giochi”*⁵³.

Più in generale, la stessa Corte costituzionale ha avuto più volte modo di precisare che la disciplina normativa di tutti quei giochi che comunque presentino un elemento aleatorio e distribuiscano vincite è certamente attratta nella materia dell’ordine pubblico e della sicurezza ed è, pertanto, di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettera h), attese le indubbe finalità di tutela dell’interesse pubblico ad una regolare e civile convivenza perseguite *in subiecta materia*⁵⁴.

In questa stessa ottica, la stessa Corte di Giustizia europea ha ritenuto legittime le restrizioni imposte in materia di gioco lecito dai legislatori degli Stati membri, ivi incluso lo Stato italiano, sulla scorta di ragioni imperative di interesse generale, quali la tutela dei consumatori e la tutela dell’ordine sociale, a condizione che le restrizioni alla libera prestazione di servizi soddisfino i requisiti di proporzionalità⁵⁵.

⁵³ Per un approfondito commento delle questioni sottese alla sentenza n. 56/2015 della Corte costituzionale, v. 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 non suscettibili di indennizzo”* in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 2, 2015, pag. 506D, Giuffrè, Milano, 2015.

⁵⁴ Sulla competenza esclusiva dello Stato in materia di giochi si vedano le sentenze della Corte costituzionale, 22 giugno 2006 (ud. 16 maggio 2006) n. 237, Corte Cost., 26 febbraio 2010 (ud. 12 gennaio 2010) n. 72 e, da ultimo, Corte Cost., 11 maggio 2017 (ud. 22 marzo 2017) n. 108.

In particolare, nelle citate sentenze, la Corte ha costantemente affermato che rientra nella competenza esclusiva statale non soltanto la disciplina dei giochi d’azzardo, ma, inevitabilmente, anche quella relativa ai giochi che non sono ritenuti giochi d’azzardo (si tratta, ad esempio, delle ipotesi di cui al comma 6 dell’art. 110 TULPS, le cosiddette *new slot* e *videolottery*), considerati i caratteri comuni dei giochi – aleatorietà e possibilità di vincite in denaro – cui si riconnettono un disvalore sociale, la conseguente forte capacità di attrazione e concentrazione di utenti e la probabilità altrettanto elevata di usi illegali degli apparecchi impiegati per lo svolgimento degli stessi anche nel caso dei giochi leciti.

⁵⁵ In particolare, la sentenza della Corte di giustizia, IV sez., 15 settembre 2011, causa C-347/09, ha chiarito le condizioni alle quali le norme sulla libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi consentono ad uno Stato membro di istituire un

In definitiva, annotano le Sezioni Unite, *"non può dubitarsi che il concessionario svolga in regime di concessione un pubblico servizio, riservato al monopolio statale"*, il cui oggetto consiste in quel *"controllo delle attività di gioco"* specificamente finalizzato da un lato al *"rispetto dei limiti entro quale [il gioco, ndr] può ritenersi lecito, svolgendo quella funzione pubblica, più volte dichiarata nella normativa, di contrasto alla diffusione della ludopatia e delle attività criminali"* e dall'altro alla *"gestione degli incassi delle giocate, destinate all'Erario"*.

Entro questi limiti e per queste ragioni, pertanto, il settore del gioco configura un pubblico servizio.

12. Il gestore quale incaricato di un pubblico servizio ex art. 358 c.p.

Fatta definitiva chiarezza sull'inquadramento dell'attività di gestione del gioco lecito nel novero dei servizi pubblici - anche a prescindere dalla natura sin dall'inizio pubblicistica del denaro maneggiato dagli operatori della filiera

monopolio per la gestione di giochi d'azzardo, tra le quali non rientra la massimizzazione delle entrate fiscali o dei profitti degli operatori economici che non costituiscono giustificazioni per l'ordinamento dell'Unione. Successivamente, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, IV sez., 16 febbraio 2012, cause riunite C-72/10 e C-77/10 ha stabilito la compatibilità di un regime di monopolio in favore dello Stato e di un sistema di concessioni e autorizzazioni nel settore dei giochi e delle scommesse, purché siano rispettati i principi comunitari in materia di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, parità di trattamento degli operatori - attraverso il principio di equivalenza e di effettività - e proporzionalità, assicurando inoltre il rispetto della certezza del diritto e del dovere di trasparenza. Si può infine citare la pronuncia della Corte di Giustizia, III sez., 22 gennaio 2015, C-463/13, in cui la Corte di Giustizia ricordato *"il carattere peculiare della disciplina dei giochi d'azzardo, che rientra nei settori in cui sussistono tra gli Stati membri notevoli divergenze di ordine morale, religioso e culturale"* ha riconosciuto un ampio margine di apprezzamento agli Stati membri e che, *"per tale ragione, in questo specifico settore, le autorità nazionali dispongono di un ampio potere discrezionale per stabilire quali siano le esigenze che la tutela del consumatore e dell'ordine sociale comporta e, a condizione che siano inoltre rispettati i requisiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte, spetta a ciascuno Stato membro decidere se, nel contesto dei legittimi scopi da esso perseguiti, sia necessario vietare totalmente o parzialmente attività riconducibili ai giochi e alle scommesse, oppure soltanto limitarle e prevedere a tal fine modalità di controllo più o meno rigorose (v. sentenza Digibet e Albers, Corte di Giustizia, III sez., 12 giugno 2014, C-156/2013, punto 32 e la giurisprudenza ivi citata)"*. Nel caso di specie la Corte ha dunque statuito che *"gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE nonché i principi di parità di trattamento e di effettività devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella controversa nel procedimento principale, che preveda l'indizione di una nuova gara per il rilascio di concessioni aventi durata inferiore rispetto a quelle rilasciate in passato, in ragione di un riordino del sistema attraverso un allineamento temporale delle scadenze delle concessioni"*.

- si è perfettamente in grado di concludere per la sussumibilità della condotta appropriativa del gestore infedele, quale soggetto della filiera del gioco, nella fattispecie di cui all'art. 314 c.p..

Per ciò che concerne la qualifica soggettiva, infatti, come noto, l'art. 358 c.p. recepisce, *"agli effetti della legge penale"*, la c.d. concezione funzionale-oggettiva di *"incaricato di pubblico servizio"* (al pari dell'art. 357 c.p. con riferimento alla nozione *"pubblico ufficiale"*), facendo dipendere la titolarità della qualifica dai caratteri dell'attività oggettivamente svolta e non già dal formale rapporto di impiego dell'agente con lo Stato o altro ente pubblico⁵⁶. Come noto, la nozione di *"servizio pubblico"* di cui al secondo comma dell'art. 358 c.p. richiede l'esistenza di un connotato positivo e due negativi. Da un lato, in positivo, il servizio pubblico deve essere disciplinato, allo stesso modo della pubblica funzione, da norme di diritto pubblico e atti autoritativi della Pubblica Amministrazione; dall'altro, in negativo, devono mancare quei poteri di natura deliberativa, certificativa e/o autorizzativa propri della pubblica funzione. Infine, ancora in negativo, non può costituire servizio pubblico penalmente rilevante lo *"svolgimento di semplici mansioni di ordine"* ovvero la *"prestazione di opera meramente materiale"*: ciò che sta più semplicemente a significare, traducendo in termini positivi tale limite, che deve essere attribuita all'agente un'attività *"in senso lato intellettuale"* ovvero *"un qualche potere decisionale autonomo, sia pur ridotto"*⁵⁷.

Come noto, si tratta di una definizione eminentemente formale, a riprova di quanto sia *"problematico prospettare concezioni sostanziali o contenutistiche di pubblico servizio"*⁵⁸.

Il criterio di delimitazione esterna, *id est* il *tipo di disciplina*, se risulta portatore di annose problematiche con riferimento alla pubblica funzione⁵⁹, rivela

⁵⁶ In altri termini, la *"qualifica soggettiva, essenziale per poter rispondere dei reati previsti dagli artt. 314 ss., si acquista non "per ciò che si è", ma "per ciò che si fa"*, per utilizzare la felice espressione di M. CATENACCI, *"Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia"*, in *Trattato Teorico Pratico di Diritto Penale* diretto da Francesco Palazzo e Carlo Enrico Paliero, vol. V, Torino, Giappichelli, 2016, p. 29.

⁵⁷ In termini C. BENUSSI, in *"Trattato di Diritto Penale – Parte Speciale"* diretto da Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini, vol. I *"I delitti contro la Pubblica amministrazione"*, tomo I *"I delitti dei pubblici ufficiali"*, Padova, CEDAM, 2001, p. 97 e giurisprudenza ivi citata.

⁵⁸ Atteso che *"nel procedere alla suddetta ridefinizione normativa [di incaricato di pubblico servizio, ndr], difficilmente il legislatore del '90 poteva fornire un concetto che non fosse «residuale»"* sul punto v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale – Parte speciale*, vol. I, V edizione, Bologna, Zanichelli, 2012, p. 178, e più in generale sulla genesi e la *ratio* della riforma del 1990 in punto di qualifiche soggettive p. 161 e ss..

⁵⁹ Basti pensare alle questioni interpretative, mai veramente sopite, in punto di definizione di norma di *"diritto pubblico"*. Per l'ampio e complesso dibattito al

ancor di più la sua intrinseca debolezza con riferimento al pubblico servizio, rappresentando l'unico vero *discrimen* in tale ultima ipotesi rispetto al settore privato, attesa l'impossibilità di giovare, quanto a sostanza, del riferimento ai poteri tipici della P.A., come nel caso della pubblica funzione.

Da qui la necessità di "riempire" di contenuto siffatta nozione di servizio pubblico – elaborata, come noto, in via meramente "residuale" rispetto a quella di pubblica funzione – che la giurisprudenza di legittimità ha assai spesso inteso sopperire mediante l'individuazione di una serie di "indici sintomatici" del carattere pubblicistico dell'attività di volta in volta esercitata, i quali devono in ogni caso collegarsi strumentalmente con il dato formale di una disciplina che abbia connotazioni pubblicistiche. Quasi inevitabile, dunque, un approccio casistico, con tutte le incertezze che esso comporta in ordine ad un ineliminabile margine di discrezionalità e, come evidenziato da autorevole dottrina, finanche di arbitrarietà⁶⁰.

riguardo si veda V. MANES, *"Servizi Pubblici e Diritto Penale – l'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione"* in *Itinerari di Diritto Penale*, collana diretta da G. Fiandaca – E. Musco – T. Padovani – F. Palazzo, Torino, Giappichelli, 2010, p. 72 e ss. sino ad arrivare alla radicale affermazione, sostenuta in dottrina, che nessuno dei criteri classificatori proposti (la natura pubblica o privata degli interessi tutelati, la derogabilità o inderogabilità della norma, l'azionabilità o meno d'ufficio del meccanismo sanzionatorio, ecc.) «*pare valido in assoluto*». Problematica è parsa anche la doppia previsione legislativa "norme di diritto pubblico e atti autoritativi" (endiadi, criteri "cumulativi" o da applicarsi disgiuntamente?). Nel senso del "necessario concorso dei due parametri di delimitazione «esterna»" e che "per la figura del pubblico servizio, il carattere cumulativo dei requisiti di disciplina (norma di diritto pubblico ed atti autoritativi) assolva al ruolo di elemento doppiamente limitativo delle aree di attività riconducibili alla nozione di pubblico servizio" si esprime P. SEVERINO DI BENEDETTO, voce "Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio" in *Dig. disc. pen.*, vol. X, UTET, Torino, 1995, p. 517-518 e p. 521. Per l'applicazione disgiunta è, invece, l'impostazione di G. FIANDACA – E. MUSCO, *cit.*, pag. 173, secondo i quali "l'enunciazione di entrambi i (sotto)criteri si spiega considerando che non tutte le attività disciplinate da norme di diritto pubblico si esternalano o sono oggetto di atti autoritativi immediatamente e inequivocabilmente riconducibili alla categoria degli atti pubblici: per cui il riferimento alla «disciplina mediante norme di diritto pubblico», mentre risulta a ben vedere pleonastico rispetto agli atti pubblici autoritativi, rimane l'unico parametro di individuazione del carattere pubblico delle attività che non si estrinsecano in provvedimenti amministrativi tipici". Anche sulle variegate posizioni dottrinarie sul tema si sofferma V. MANES, *"Servizi Pubblici e Diritto Penale"* *cit.*, p. 75 e ss..

⁶⁰ Questa la critica mossa da parte della manualistica, ad es., da G. FIANDACA – E. MUSCO, *"Diritto penale – Parte Speciale"*, *cit.*, p. 178-179, secondo cui "in mancanza di precisi e univoci referenti normativi, assumere il riferimento agli scopi a criterio determinante di qualificazione equivale ad esporsi inevitabilmente a rischi di arbitrarietà" e "a tali rischi di certo non si è per lungo tempo sottratta la giurisprudenza

Tra gli “indici sintomatici” elaborati dalla giurisprudenza nel corso degli anni, per quel che rileva in questa sede, assumono particolare significato i criteri del perseguimento di finalità pubblicistiche nonché della soggezione a controlli pubblici (oltre al maneggio di denaro pubblico, di cui pure si è detto): indici sintomatici che, alla luce di quanto esaminato nel precedente paragrafo, devono ritenersi palmari nella materia del gioco lecito.

Quanto alle finalità pubblicistiche dell’attività, valgano le considerazioni sopra svolte in ordine agli obiettivi di tutela di beni di sicuro rango costituzionale (la sicurezza e l’ordine pubblico, la salute e il benessere dei cittadini e, specialmente, dei minori e dei soggetti più deboli), che hanno consentito la gestione da parte dello Stato del gioco lecito in un regime di monopolio e concessorio.

Con riferimento alla soggezione a controlli pubblici, si consideri che il gioco lecito è, come più volte sottolineato, un’attività oggetto di monopolio legale alla cui gestione e predisposizione si può avere legittimamente accesso solo su base concessoria e che ai fini della concessione da parte dello Stato sono necessari elevatissimi *standards* di onorabilità, affidabilità e solidità economico-finanziaria, alla cui permanenza è subordinata la prosecuzione della concessione e al cui controllo – anche *in itinere* – è deputata la stessa ADM. E ciò a tacere della miriade di controlli, fisici e “da remoto”, che le autorità regolatrici, di pubblica sicurezza e territoriali sono tenute *ex lege* ad esercitare sulla rete del gioco lecito.

Allo stesso modo, nell’ottica del gestore/terzo incaricato, sia sufficiente ricordare che il concessionario può stipulare contratti di subconcessione solo con i “*soggetti abilitati*”, che posseggano a monte i requisiti regolamentari per essere iscritti nell’apposito elenco tenuto da ADM; è necessario, poi, che gli stessi mantengano i medesimi requisiti nel corso dell’intero rapporto contrattuale – pena la sua automatica cessazione – che si svolge sotto la diretta vigilanza (e con dettagliati obblighi di informazione e comunicazione nei confronti) del concessionario e di ADM.

Ed è proprio alla teoria degli “indici sintomatici” che la Suprema Corte, nel caso che ci occupa, pare aver voluto dare il suo autorevole seguito, sulla scorta della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

In particolare, le Sezioni Unite hanno fatto buon uso del criterio *teleologico*, rappresentato dall’individuazione delle finalità pubblicistiche e costituzionalmente rilevanti perseguite dalla disciplina giuridica del gioco lecito fin dal D.lgs. n. 496/1948 e che lo rendono meritevole di tutela (anche) nella sede penale.

di legittimità [...] nel presupposto che una finalità di pubblico interesse, sia pure in forma indiretta, fosse individuabile in quasi tutte le attività che in qualche misura trascendono la sfera strettamente privata”.

È indubbio che si tratti di un criterio, per così dire, “scivoloso”, spesso utilizzato – enfatizzando oltre misura la natura “oggettivo-funzionale” del concetto di incaricato di un pubblico servizio di cui alla riforma del 1990 – al fine di “dilatare” anziché circoscrivere, come nell'*intentio* dello stesso legislatore del 1990, l’ambito applicativo dell’art. 358 c.p.

Ciò è stato ed è soprattutto vero nell’ambito delle c.d. “privatizzazioni”, essendo stato tale parametro assai spesso utilizzato al fine di “nullificare”⁶¹, sotto il profilo delle qualifiche penalistiche, la (mutata) natura giuridica degli enti societari di volta in volta in rilievo. E tuttavia le condivisibili critiche appuntate dalla dottrina non si attagliano alle singolarità del settore del gioco lecito che qui ci occupa⁶².

Mai come in questa materia, infatti, la ragione dell’impiego del modello concessorio si rinviene nella peculiarità degli interessi in campo e nella conseguente “*polivalenza della riserva statale*”, che rendono detta attività non assimilabile alle caratteristiche ed alle dinamiche di ogni altro settore oggetto di riserva statale, ritenendosi in questa materia connaturale l’esistenza di assai penetranti poteri di *gestione, controllo* e *vigilanza* che presentano profili di delicatezza “*del tutto particolari, connessi alla rischiosità e ai pericoli propri della peculiare attività economica soggetta al regime di concessione*” (cfr. la già richiamata Corte Cost., 31.03.2015, n. 56).

Ne deriva, quale logica ed ineludibile conseguenza, che tanto i concessionari quanto i gestori/terzi incaricati nello svolgimento delle loro funzioni, ed attività rivestano, “agli effetti della legge penale”, la qualifica di incaricati di un pubblico servizio ex art. 358 c.p..

Le Sezioni Unite giungono, per così dire, al medesimo risultato attraverso una duplice via.

In primo luogo, in via “indiretta”, chiarendo come “*il contenuto della convenzione di concessione dimostra che l’Amministrazione impone che i soggetti delegati all’esercizio dei dati compiti per conto del concessionario*

⁶¹ L’espressione è di V. MANES, “*Servizi Pubblici e diritto Penale*”, cit., p. 95.

⁶² In particolare quella per cui “*tali impostazioni non si “smarcano”, in definitiva, da teleologismi o ontologismi “fuori luogo”: ed a poco vale richiamare la dimensione costituzionale dell’interesse sotteso all’attività svolta, che spesso non comporta la sua riserva a strutture pubbliche, e che comunque risulta penalmente insignificante quando la disciplina della stessa non si rifletta in una presenza pubblicistica penetrante, dove l’amministrazione agisce “come autorità” o condiziona [...] l’attività sottostante strutturandola in una dimensione anticompetitiva*” così, ancora, V. MANES, “*Servizi Pubblici e diritto Penale*”, cit., p. 98. Ebbene, appare evidente che nel caso del gioco lecito non possa parlarsi di teleologismo “fuori luogo”: a) per la sussistenza di una riserva statale originaria, che ha dato luogo ad una concessione di natura “traslativa”; b) per la chiara “presenza pubblica penetrante”; c) per la previsione di un regime derogatorio della libera concorrenza autorevolmente avallata dalla giurisprudenza nazionale – anche costituzionale – ed eurounitaria.

esercitino anche attività proprie del pubblico servizio". Segue la specificazione dei compiti non meramente d'ordine o materiali che il concessionario "delega" al gestore per mezzo di accordi contrattuali (dal contenuto, è bene ribadirlo ancora una volta, puntualmente predeterminato da ADM nella Convenzione di concessione).

All'attività di "messa a disposizione" al concessionario del c.d. importo residuo, di cui si è già detto, si accompagnano, infatti, una serie di ulteriori obblighi connessi alle apparecchiature da gioco di cui i gestori sono gerenti - operazioni manutentive e di vigilanza degli apparecchi, come pure di controllo dei collegamenti tra apparecchi e rete telematica⁶³.

Si tratta di compiti che, ad opinione dei giudici di legittimità, vanno ben oltre il concetto di attività meramente materiale o d'ordine, atteso che risultano direttamente finalizzati a garantire la *regolarità* e, dunque, la *legalità* del gioco.

Ecco allora che il gestore, se è responsabile dello scassetto e riversamento dell'importo residuo (cioè delle attività direttamente rilevanti ai fini del PREU), è altresì coinvolto in operazioni di diretta pertinenza sulla regolarità del gioco.

È doveroso a questo punto evidenziare che la stessa conclusione in tema di peculato viene raggiunta dalle Sezioni Unite anche con riferimento all'ultimo "attore" della filiera, vale a dire l'esercente. Si tratta di un riferimento *in obiter* (la questione non era tra quelle direttamente poste all'attenzione della Corte) che solleva tuttavia qualche perplessità, atteso che l'esercente, al contrario del gestore, nello svolgimento delle attività demandate, non compie attività diverse da operazioni di tipo meramente materiale, essendo essenzialmente demandato di mettere a disposizione i propri locali per la collocazione degli apparecchi da gioco.

Tornando invece al gestore, l'altra e più "diretta" via per la sua qualificazione quale incaricato di pubblico servizio, è rappresentata dal ripercorrere le orme della giurisprudenza consolidata, riconoscendolo, con l'impostazione

⁶³ Tra le attività di pubblico servizio "trasferite" al gestore si segnalano, in particolare, quelli legati alla "verifica della funzionalità della rete telematica che hanno riguardo in particolare, alla conservazione dei cosiddetti "punti di accesso" (PdA) con obblighi di segnalazione di anomalie. Si tratta di uno strumento fondamentale, in quanto raccoglie le informazioni trasmesse dall'apparecchio di gioco al router e le invia alla rete telematica ADM, così garantendo la regolarità del gioco e dei relativi flussi. È (anche) in tal modo che il gestore partecipa alla realizzazione degli "*interessi pubblici sottesi alla gestione monopolistica*" del gioco lecito. Tale attività, infatti, se ha certamente una valenza sul piano della garanzia del controllo sul gettito erariale, ha altresì altrettanta simultanea rilevanza nella contabilizzazione in tempo reale dei flussi delle giocate e del loro rapporto con le vincite all'interno della rete telematica predisposta dal concessionario, che, in definitiva, si rivelano indispensabili ed infungibili per il corretto funzionamento dell'intero comparto del gioco lecito.

tradizionale, come “partecipe” della qualifica di incaricato di un pubblico servizio del concessionario-agente contabile, *a causa* del maneggio, in nome e per conto di quest’ultimo, dell’importo residuo - attività prodromica, evidentemente, al riversamento allo Stato del PREU (e del canone AAMS) e alla resa del conto giudiziale da parte del concessionario.

Non manca in questo senso un passaggio conclusivo delle stesse Sezioni Unite in cui si afferma chiaramente che il gestore *“partecipa, per la parte delegatagli, all’esercizio delle attività in concessione e, in particolare, partecipa anche all’esercizio della stessa attività di agente contabile del concessionario”*. Si tratta evidentemente, anche sotto tale profilo, di *“funzioni che non sono di mero concetto”*, poiché il gestore è dotato di *“piena autonomia”* nello svolgimento delle attività di movimentazione che si esplicano *“al di fuori del diretto controllo del suo committente”* e che hanno consentito, nel caso all’attenzione delle Sezioni Unite, proprio *“la rilevante sottrazione di incassi per un ampio periodo temporale”*.

V’è a questo punto da chiedersi: non sarebbe stata sufficiente una tale, lineare e “già sentita” affermazione a radicare (anche) in capo al gestore/terzo incaricato la qualifica soggettiva di incaricato di un pubblico servizio *ex art. 358 c.p.*?

Evidentemente i giudici di legittimità hanno inteso fondare siffatta qualifica non soltanto sulle ragioni di tipo eminentemente “tecnico-pratiche” connesse alla (necessaria) partecipazione nella riscossione delle (cospicue) entrate erariali, ma anche sulle ragioni più “nobili” rappresentate dal (fondamentale) contributo apportato dal gestore/terzo incaricato alla tutela dei beni di sicuro interesse costituzionale che vengono in rilievo nella materia *de qua*.

E ciò anche al fine di “rompere” la circolarità del ragionamento – natura pubblica del denaro-altruità del medesimo rispetto al patrimonio degli operatori della filiera del gioco lecito-inquadramento tra i servizi pubblici del suo maneggio da parte dei medesimi operatori – e di porre definitivamente la parola fine al contrasto giurisprudenziale, oggetto della rimessione alle Sezioni Unite, che tale circolarità aveva ingenerato.

13. Conclusioni: la configurabilità del delitto di peculato in capo al gestore/terzo incaricato nel caso dell’omesso versamento dell’importo residuo

Stabilita la qualifica soggettiva del gestore quale incaricato di pubblico servizio ai sensi dell’art. 358 c.p. e l’“altruità” delle somme oggetto di raccolta (importo residuo) da parte di quest’ultimo, non poteva che derivarne la sussunzione delle condotte di omesso riversamento sotto la fattispecie di cui all’art. 314 c.p..

Naturale dunque fornire risposta positiva al quesito circa la configurabilità del delitto di peculato in capo al gestore/terzo incaricato che ometta di

riversare al concessionario quanto raccolto, nell'esercizio della sua attività, a titolo di PREU (e delle altre poste costituenti il c.d. importo residuo, *id est* il canone di concessione e il c.d. "margine del concessionario") Ugualmente, e anzi *a fortiori*, commetterebbe il delitto di peculato il concessionario che, nell'esercizio della sua attività, omettesse di versare ad ADM il PREU (e/o il canone di concessione).

In altri termini, non v'è dubbio che il gestore/terzo incaricato abbia la disponibilità del denaro oggetto delle giocate esclusivamente in forza di un titolo ben preciso (il contratto di subconcessione) e per ragioni esattamente individuate *ab origine*: l'interesse (di natura oggettivamente pubblicistica, come detto) dello Stato a che l'esercizio del gioco lecito avvenga nel perimetro della legalità e all'interno di circuiti trasparenti e controllabili, cui si aggiunge la garanzia per le casse pubbliche dell'approvvigionamento di quella cospicua fonte di introiti rappresentata dal PREU (e in misura minore dal canone di concessione).

Ed è questa la logica, quasi fisiologica, conclusione cui perviene il massimo consesso penale nel considerare "*correttamente qualificata come peculato*" proprio "*la condotta del gestore (cui, si rammenta, va equiparato l'esercente) di appropriazione degli incassi degli apparecchi da gioco, in quanto denaro "altrui" del quale ha il possesso per ragione del suo ufficio di incaricato di un pubblico servizio*".

La sentenza n. 6087/2021 si rivela degna di nota per molteplici ragioni.

Di immediata evidenza la pregevole opera di sistemazione della materia del gioco lecito e dei suoi (complessi) profili di interdisciplinarietà, tra aspetti tributari, amministrativi e penali.

A tale riguardo, si apprezza la dimostrazione della natura ("amministrativa") di denaro pubblico non soltanto del PREU ma dell'intero importo residuo alla sua giacenza nel "cassetto" – sul presupposto ("tributario") della riconosciuta posizione di contribuente di fatto del giocatore – nonché della sua "alterità" rispetto al patrimonio del gestore/terzo incaricato della raccolta, che ne è mero detentore *nomine alieno* in forza di mandato del concessionario, a ciò specificamente facultizzato dalla convenzione di concessione e dalle norme regolatrici della materia.

Ma v'è di più.

In sentenza, come appena ricordato, si assume anche una diversa prospettiva, elencando gli altri argomenti che rendono necessaria la qualifica di "pubblico servizio" del gioco lecito e di "incaricato di pubblico servizio" *ex art. 358 c.p.* del gestore (così come del concessionario), anche prescindendo dalla funzione di raccolta (e dunque dalla natura e pertinenza) dell'importo residuo.

Questa precisazione non pare meramente estetica ma possiede delle ricadute di ordine pratico. In primo luogo, vale a qualificare come peculato qualunque condotta appropriativa del gestore su beni altrui, commessa in ragione



dell'esercizio della propria attività. Così, a titolo meramente esemplificativo, in caso di impossessamento dei nulla-osta degli apparecchi (di proprietà del concessionario), come pure in caso di impossessamento di apparecchi non di sua proprietà (del concessionario o di terzi).

In conclusione, il diverso e smisuratamente minoritario orientamento dell'importo residuo quale "ricavo d'impresa" del gestore/terzo incaricato, per le ragioni diffusamente spiegate, non è apparso né sistematicamente né logicamente né giuridicamente sostenibile e si è così scongiurato, sia consentito sottolinearlo in chiusura, il collasso di un intero settore e del connesso sistema di presidio erariale, che finora ha consentito di arginare le condotte infedeli rendendole percentualmente minime.

(Gli Autori rivolgono un sentito ringraziamento all'Avv. Gilda De Simone per il contributo tecnico e all'avv. Alessio Giugni per quello redazionale)