



**Procura Generale della Repubblica
della Corte di Cassazione**

UDIENZA PUBBLICA DEL
24 SETTEMBRE 2020 delle
SEZIONI UNITE PENALI DELLA
CORTE DI CASSAZIONE

Ruolo n. 19546/2019 R.G.

Ricorrente: ***** (Avv. Barbara Scaramazza, del Foro di Roma)

Ricorre contro: Sentenza Corte d'appello di Roma del 26 settembre 2018, depositata il 26 novembre 2018.

NOTE DI UDIENZA DEL PROCURATORE GENERALE

1. La questione

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite da un'ordinanza della Sezione Sesta penale, n. 1310 del 13 gennaio 2020 (udienza del 12/09/2019, Pres. Fidelbo, Rel. Mogini) e pone il seguente quesito di diritto: «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, costituisce il delitto di peculato».

La disposizione in oggetto dispone che: «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro anni a dieci anni e sei mesi. (...)».

Il problema di diritto è stabilire se nel novero degli 'incaricati di pubblico servizio', come delineato dal legislatore nel 1990, rientri il gestore degli apparecchi da gioco con vincita o del concessionario per l'attivazione e l'individuazione della natura giuridica del PREU (natura tributaria, perché sostitutivo dell'imposta sugli intrattenimenti).

2. La vicenda processuale e l'ordinanza di rimessione.

La fattispecie da cui origina la questione è oltremodo semplice: l'imputato ***** è stato riconosciuto colpevole e condannato, con doppia conforme, per il reato di peculato per essersi appropriato, quale legale rappresentante della ***** S.r.l. - incaricata della raccolta delle giocate per conto della ***** S.p.a., società concessionaria dello Stato per l'attivazione e la conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito mediante apparecchi di cui all'art. 110 T.U.P.S. e

della raccolta delle somme derivanti dal gioco sopra indicato - degli importi di Euro 402.127,61 e 23.775,04 di cui aveva il possesso in forza di mandato in data 14/10/2009, costituenti rispettivamente il prelievo erariale unico (PREU) di proprietà della Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato e il compenso della concessionaria Cogetech.

I giudici di merito hanno ritenuto che le attività oggetto della convenzione di concessione stipulata tra il Ministero dell'Economia e la ***** S.p.a. - e segnatamente quelle di conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito mediante gli apparecchi di divertimento e intrattenimento di cui all'art. 110, comma 6, T.U.L.P.S., nonché quelle di contabilizzazione e di raccolta della quota residua comprensiva del Prelievo erariale unico (da ora in poi PREU) e del canone di spettanza dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (da ora in poi AAMS) e di riversamento del PREU e del canone all'AAMS - avessero oggettivamente natura di attività amministrativa e fossero esplicazione del servizio pubblico oggetto di concessione, in quanto rivolte al soddisfacimento di interessi pubblici, quali la garanzia della liceità del gioco e la riscossione del relativo tributo. Il procedimento era nato a seguito di un'istanza di fallimento avanzata nei confronti della ***** S.r.l., poi dichiarato, che accertava l'inesistenza della società da molto tempo e come l'amministratore unico e la società stessa non fossero titolari di alcun bene mobile o immobile.

La decisione dei giudici di merito si è basata essenzialmente sulla convenzione di concessione alla ***** S.p.a., che le consentiva espressamente di *“svolgere il servizio pubblico di gestione del gioco e di riscossione del PREU e del canone spettante all'AAMS, avvalendosi di altri soggetti economici - cosiddetti gestori- giusta stipula di contratti di collaborazione che, secondo quanto previsto dal regolamento per la gestione telematica degli apparecchi con vincite di denaro emanato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze con decreto del 12.3. 2004 n. 86 attuativo dell'art. 14 bis comma 4 del D.P.R. 26.10.1972, prevedessero l'installazione da parte del gestore, presso pubblici esercenti dei soli apparecchi oggetto del nulla osta di messa in esercizio (...), la predisposizione da parte del concessionario di quanto necessario a collegamento di tali apparecchi con la rete telematica gestita dall'AAMS...”*.

Osservano i giudici di merito che lo svolgimento di tali attività era contrattualmente disciplinato con espresso riferimento alle disposizioni della convenzione di concessione intercorsa tra ***** S.p.a. e Ministero dell'Economia e alla normativa di settore, avendo il gestore riconosciuto che le funzioni a lui affidate costituivano esplicazione del servizio pubblico oggetto della citata concessione e che il concessionario era soggetto passivo di imposta in relazione a tutti gli apparecchi oggetto del contratto.

Entrambi i giudici di merito hanno affermato inoltre che la ***** S.r.l., in virtù del contratto di collaborazione stipulato con il concessionario ***** S.p.a., ha assunto il ruolo di gestore del gioco e di incaricato della raccolta delle giocate (da qui il ruolo di incaricato di pubblico servizio ai sensi dell'art. 358 c.p.), con particolare riferimento alla raccolta e al riversamento della quota residua comprensiva del PREU e del canone spettante all'AAMS, osservando che lo svolgimento di tali attività era contrattualmente disciplinato con espresso riferimento alle disposizioni della convenzione di concessione intercorsa tra ***** S.p.a. e Ministero dell'Economia e alla normativa di settore, avendo il gestore riconosciuto che le funzioni a lui affidate costituivano esplicazione del servizio pubblico oggetto della citata concessione. In conseguenza, la ***** S.r.l., gestore per conto di ***** S.p.a., svolgeva un servizio pubblico ed il suo amministratore unico e legale rappresentante, *****

Angelo, rivestiva pertanto la qualifica di incaricato di pubblico servizio allorché si era appropriato, avendone il possesso in virtù del rapporto di mandato e collaborazione stipulato con la concessionaria ***** S.p.a., delle somme che quest'ultima società avrebbe dovuto riversare all'AAMS a titolo di PREU e di canoni di concessione.

La sentenza impugnata ha inoltre affermato la natura pubblica di tutte le somme giocate per il tramite degli apparecchi collegati alla rete per la gestione telematica del gioco lecito facente capo all'AAMS. La Corte territoriale ha osservato al riguardo che, trattandosi di attività gestite in regime di monopolio statale, tutte le somme giocate sono di proprietà dello Stato, il quale riconosce a concessionari, gestori ed esercenti un aggio che essi ripartiscono tra loro sulla base di accordi di diritto privato, senza che ciò possa far venir meno l'originaria natura pubblica del denaro giocato.

Il ricorrente deduce con unico motivo di ricorso violazione dell'art. 314 cod. pen. in quanto, a suo dire, il denaro incassato all'atto della giocata deve ritenersi interamente di proprietà del gestore che dispone dell'apparecchio da gioco. Il PREU va infatti corrisposto con riferimento a ciascun anno solare ed è dovuto anche per le giocate effettuate tramite apparecchi gestiti in assenza di autorizzazione ed estranei alla rete telematica, sicché quel denaro deve essere ritenuto un vero e proprio ricavo di impresa sul quale è calcolato l'importo da corrispondere a titolo di debito tributario.

Non sarebbe pertanto configurabile nel caso di specie l'elemento costitutivo della fattispecie di peculato rappresentato dal possesso o dalla disponibilità di denaro altrui.

L'impresa che gestisce il congegno da gioco e raccoglie le somme giocate e omette il versamento degli importi dovuti a titolo di prelievo erariale unico non si appropria dunque di denaro altrui, ma omette di versare denaro proprio in adempimento di un'obbligazione tributaria. Obbligazione il cui soggetto passivo non è il giocatore, ma il concessionario, mentre i terzi incaricati della raccolta sono solidalmente responsabili con lui per il versamento del PREU dovuto con riferimento alle somme giocate da loro raccolte.

Nella valutazione del ricorso presentato nell'interesse di ***** assume quindi rilievo centrale la verifica della originaria riferibilità all'Amministrazione finanziaria e della conseguente natura pubblica delle somme giocate e riscosse nell'ambito della gestione telematica del gioco lecito relativo ad apparecchi da gioco con vincita in denaro, con particolare riferimento alla quota delle giocate, al netto delle vincite erogate, corrispondente al prelievo unico erariale (PREU) dovuto all'AAMS dal concessionario di rete, del cui versamento all'Amministrazione finanziaria il gestore degli apparecchi da gioco è solidalmente responsabile con lo stesso concessionario di rete relativamente alle somme che il gestore abbia raccolto.

Nell'ordinanza di rimessione si ricostruisce il contrasto giurisprudenziale, ponendo in evidenza la presenza dei due opposti orientamenti interpretativi presso la medesima sezione penale di legittimità (la sesta), con riferimento proprio all'inquadramento giuridico del fatto contestato e al conseguente giudizio di penale responsabilità. Non mette conto indugiare ulteriormente sui contenuti dell'ordinanza di rimessione, risultando a questo punto oltremodo chiare le alternative teoriche e gli argomenti su cui esse si fondano, secondo quanto si va immediatamente a chiarire.

3. Il contrasto giurisprudenziale: il primo e maggioritario orientamento.

A premessa della questione, va inserito un brevissimo cenno circa la 'filiera' del gioco lecito. Come è noto, esso configura un monopolio statale, come tale regolato dall'Amministrazione dei Monopoli e delle Dogani (ADM), demandato, su base concessoria, ad un numero assai ristretto di soggetti commerciali (Concessionari), cui lo

Stato delega l'organizzazione e la commercializzazione del gioco lecito, demandando ad essi l'attivazione di una rete operativa per la gestione telematica del gioco. Il Concessionario (che lavora in forza di una convenzione con lo Stato a contenuto predeterminato) può avvalersi di 'gestori' o 'terzi incaricati per la raccolta', ai quali può essere affidato (ma il concessionario lo può fare anche in proprio) la manutenzione degli apparecchi nonché la raccolta del c.d. 'importo residuo', vale a dire delle somme giacenti presso il 'cassetto' di ogni macchinetta da gioco al netto di quanto redistribuito in vincite ai giocatori (redistribuzione in origine pari al 75 % del denaro immesso in ciascuna macchinetta dai giocatori ed oggi pari invece a circa il 63 %). Va precisato che tutti gli apparecchi mantenuti e 'scassettai' (cioè da cui avviene il prelievo periodico dell'importo residuo al netto di quanto non restituito per le vincite ai giocatori), a prescindere dal titolo su di essi da parte del gestore (se, cioè, costui nei sia il proprietario e li utilizzi in *leasing* ecc.), possono entrare a far parte del sistema del gioco lecito telematico solo in quanto muniti di nulla osta del concessionario e collegati alla rete telematica di quest'ultimo (la c.d. rete del concessionario), unico responsabile e titolare dell'organizzazione del gioco. Naturalmente, il 'gestore' riceve dal 'concessionario' un corrispettivo per la sua attività di manutenzione degli apparecchi e di raccolta: corrispettivo misurato in percentuale dal c.d. importo residuo.

Ciò chiarito (e fatto salvo quanto si dirà tra un momento su ulteriori profili della 'riscossione'), secondo l'orientamento assolutamente maggioritario (ed, anzi, pressoché uniforme) risulterebbe evidente come si sia al cospetto di un esercizio (senza potere deliberativo o certificativo) delegato da un soggetto (concessionario) che ha la funzione di riscuotere il prelievo erariale unico sulle giocate. L'altruità delle somme è certa e la gestione delle stesse pure: pertanto, considerata la natura del PREU, non potrebbe dubitarsi della sussistenza del reato di peculato.

Invero, secondo affermazione ricorrente (Cass., sez. VI, n. 4695 del 2015), il danaro incassato dall'agente per la raccolta delle giocate del lotto è sicuramente di pertinenza della P.A.: in breve, il PREU risulta dovuto *ab origine*, ossia fin dal momento in cui le somme sono scommesse dal giocatore, essendo irrilevanti le successive vicende che riguardano l'esito della scommessa, le vincite ed il residuo che rimane 'nel cassetto'. All'Erario, insomma, compete una percentuale fissa di quanto giocato dal singolo giocatore, fin da quando costui attiva il gioco, immettendo il proprio denaro: per questa ragione, si tratta di denaro destinato allo Stato e la sua attribuzione alla riscossione (opera del tutto materiale, ma di gestione del danaro pubblico) qualifica il terzo incaricato della raccolta quale esercente l'incarico di pubblico servizio agli effetti dell'art. 358 c.p.

Su ciò è fondata la decennale giurisprudenza sul punto.¹ A supporto di tale fondamentale testata d'angolo dell'argomentazione, se ne accompagna normalmente altra di rincalzo: il sub-concessionario per la gestione dei giochi telematici riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio in quanto ripete tale qualifica pubblica da quella

¹ Per alcuni esempi: Integra il delitto di peculato la condotta del raccoglitore di **scommesse ippiche** che ometta il versamento delle somme rimosse alla SNAI s.p.a., concessionaria dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato per l'esercizio di tali giochi, in quanto il denaro incassato dall'agente, che riveste la qualità di incaricato di pubblico servizio, è di pertinenza della pubblica amministrazione sin dal momento della sua riscossione. (Sez. 6, n. 51582 del 02/10/2019 - dep. 20/12/2019, FEDERICO TERESA, Rv. 27757301); Integra il delitto di peculato la condotta del raccoglitore delle giocate del lotto che ometta il versamento delle somme rimosse al concessionario dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato per l'esercizio di tale gioco, in quanto il denaro incassato dall'agente, che riveste la qualità di incaricato di pubblico servizio, è di pertinenza della pubblica amministrazione sin dal momento della sua riscossione. (Sez. 6, n. 4937 del 30/04/2019 - dep. 05/02/2020, DEFRAIA ANTONIO, Rv. 27811601)

– pacifica – del concessionario statale della gestione dei giochi telematici e, dunque, quale agente contabile, riveste anch'esso la qualità di incaricato di pubblico servizio (in proposito, v. Sez. 6, n. 49070 del 05/10/2017, Corsino, Rv. 271498; e nello stesso senso Sez. 6, *Sentenza n. 4937 del 30/04/2019* Ud. (dep. 05/02/2020) Rv. 278116),

Il decreto 12 marzo 2004 del Ministro dell'Economia e delle Finanze - recante *"Regolamento concernente disposizioni per la gestione telematica degli apparecchi da divertimento e intrattenimento, ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 640, e successive modificazioni ed integrazioni"* - all'articolo 2, lett. g), prevede infatti, fra l'altro, che il concessionario "contabilizza, per gli apparecchi collegati alla rete telematica affidatagli, il prelievo erariale unico ed esegue il versamento del prelievo stesso, con modalità definite con decreto di AAMS".

Logico corollario di quanto precede è, in questa prospettiva, che la natura privatistica del contratto mediante il quale il concessionario, avvalendosi della facoltà appositamente concessale dall'AAMS, demanda ad altro soggetto l'esercizio dell'attività di agente contabile, non incide in alcun modo sulla veste di incaricato di pubblico servizio che viene in tal modo conferita a detto soggetto, in quanto esattamente funzionale alla riscossione del prelievo erariale unico sulle giocate. A ulteriore sostegno di tale conclusione, si afferma che il soggetto investito della subconcessione non esercita alcun potere indipendente ed autonomo nella gestione e nell'esercizio del gioco, che è invece tenuto ad esplicitare nel rispetto puntuale dei termini della concessione fra l'AAMS e la concessionaria. Da tali considerazioni si fa discendere la correttezza dell'inquadramento della condotta nel paradigma di cui all'art. 314 cod. pen.

E' quasi superfluo ribadire che, relativamente alla posizione del concessionario della raccolta del gioco del lotto, è del tutto pacifica l'affermazione secondo cui commette il reato di peculato quel concessionario che ometta il versamento all'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato delle somme riscosse per le giocate, atteso che il denaro incassato dall'agente - che riveste la qualità di incaricato di pubblico servizio - è, sin dal momento della sua riscossione, di pertinenza della P.A., ed il reato si consuma allo spirare del termine fissato dalla legge o dal contratto di concessione ²

La qualifica di agente contabile del concessionario per l'attivazione e la conduzione operativa della rete telematica pubblica destinata alla gestione del gioco lecito mediante gli apparecchi di cui all'art. 110, comma 6, r.d. n. 773 del 1931 e la diretta appartenenza pubblica delle somme provenienti dalle giocate, affermate dall'orientamento in esame, hanno poi trovato autorevole conferma anche nella più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite Civili. Nel rigettare il ricorso proposto da società concessionaria di rete telematica destinata alla gestione del gioco lecito mediante apparecchi con vincite in denaro avverso la decisione della Corte dei Conti che l'aveva qualificata come agente contabile e pertanto ritenuta soggetta all'obbligo di presentare il conto giudiziale, le Sezioni Unite Civili (Sez. U, n. 14697 del 29/05/2019, Rv. 653988 - 01) hanno rilevato che la società concessionaria è tenuta ad assicurare che la rete telematica affidatale contabilizzi le somme giocate, le vincite e il prelievo erariale unico, nonché la trasmissione periodica delle informazioni al sistema centrale. Essa, pertanto, riveste la

² Si v. Sez. 6, n. 46954 del 21.05.2015, Bongiovanni, Rv. 265275; ma anche, Sez. 6, *Sentenza n. 4937 del 30/04/2019* Ud. (dep. 05/02/2020) Rv. 278116 Sez. 6 - , *Sentenza n. 51582 del 02/10/2019* Ud. (dep. 20/12/2019) Rv. 277573), la quale, in motivazione, ha precisato che non ha giuridica rilevanza la circostanza che i ricevitori del lotto abbiano la facoltà di disporre del denaro riscosso per le percentuali d'aggio in proprio favore o per il pagamento immediato di talune vincite; si v. anche, conformemente e già da tempo, Sez. 6, n. 30541 del 17/05/2007, Lombardo, Rv. 237185.

qualifica di agente per la riscossione tenuto al versamento di quanto riscosso, sottoposto al controllo giudiziale degli introiti complessivamente derivanti dalla gestione telematica del gioco lecito, compreso il compenso al concessionario. Le attività svolte in virtù di una concessione ed in adempimento degli obblighi da essa scaturenti sono, infatti, in funzione dell'interesse pubblico perseguito, cosicché il concessionario è organo indiretto dell'Amministrazione. Le Sezioni Unite civili hanno, per tale via, confermato l'univoco l'orientamento della Corte dei Conti che in fattispecie analoghe ha statuito che l'apprensione di denaro di pertinenza pubblica, quale quello in questione, reso tale dal titolo di legittimazione alla giocata derivante da una prescrizione di legge (l. n. 236 del 2003 di conversione del d.l. n. 269 del 2003), determina per i concessionari di rete la qualifica di agenti contabili e l'obbligo di rendere il conto.³

Alla luce della disciplina legislativa sopra illustrata, che pone in luce la diretta ed esclusiva attribuzione statutale del gioco lecito realizzato con apparecchi e congegni collegati all'autorità statutale concedente con rete telematica, le Sezioni Unite civili concludono, in continuità con le pronunce n. 13330 del 2010 e 14891 del 2010 rese dallo stesso autorevole consesso, che nella specie i concessionari maneggiano denaro pubblico. In particolare, le società concessionarie, in qualità di titolari dei nulla osta all'esercizio degli apparecchi e congegni per il gioco lecito, devono assicurare la contabilizzazione delle somme giocate, delle vincite e del prelievo unico erariale nonché la trasmissione periodica e senza soluzione di continuità delle informazioni al sistema centrale (S.U. civili, n.13330 del 2010). Questo sistema di collegamento diretto, 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.

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

³ Le Sezioni Unite civili hanno poi operato una completa ricostruzione del quadro legislativo inerente all'attività di gestione mediante rete telematica del gioco lecito realizzato con apparecchi e video terminali collocati presso esercizi commerciali. A tale scopo, hanno sottolineato che l'art. 22 della l. n. 289 del 2002, recante il titolo "*Misure di contrasto dell'uso illegale di apparecchi e congegni di divertimento e intrattenimento*", attribuisce all'esclusiva potestà statale la delimitazione dell'ambito del gioco lecito mediante "apparecchi e congegni d'intrattenimento e divertimento", stabilendo regole imperative in relazione alla "produzione, l'importazione e la gestione". Con riferimento a tale ultima attività, è imposto un regime di rigido assoggettamento all'autorizzazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze - Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, sulla base di regole tecniche adottate d'intesa con il Ministero degli Interni. L'autorizzazione può essere rilasciata soltanto previa verifica della conformità degli apparecchi e dei congegni all'idoneità al gioco lecito e con l'obbligo di realizzare nei tempi previsti dalla legge un collegamento in rete che consenta la gestione telematica degli apparecchi ed un controllo continuativo e in tempo reale della liceità dell'attività svolta. La ratio della scelta di una potestà statutale esclusiva ed accentrata del gioco lecito consiste infatti, come indicato nell'incipit della norma, nel contrasto dell'attività criminale legata a tale tipologia di gioco d'azzardo e nel tenere sotto controllo, limitare e sconfiggere la ludopatia. Le Sezioni Unite Civili sottolineano che la liceità di questa tipologia di gioco d'azzardo è subordinata alla gestione mediante la rete telematica di verifica e controllo continuativo dell'esercizio da parte dell'autorità statutale. Tale configurazione reticolare esclude ogni autonomia nella gestione del denaro proveniente dalle giocate, perché si fonda sulla necessità della trasparenza di ogni passaggio della gestione che determini entrata (giocate) od uscita (vincite) del denaro, così come degli altri oneri (canoni, ecc.). Queste premesse trovano, secondo le Sezioni Unite Civili, piena conferma nella disciplina legislativa degli apparecchi per gioco lecito regolata dall'art. 110, commi 6, lettera b) e 7 T.U.L.P.S. L'assunzione del modulo concessorio costituisce infatti, in questo peculiare rapporto giuridico, lo strumento mediante il quale si attua l'esercizio di una funzione che, nei rigidi limiti della liceità, l'autorità statutale ha assunto sotto il suo diretto controllo mediante la rete telematica e senza la quale, come stabilito nel citato comma 6 dell'art. 110 T.U.L.P.S., l'attività non si può esercitare in quanto illecita.

delle somme giocate, delle vincite e del P.R.E.U. La natura tributaria dell'imposta (affermata, come si vedrà appresso, da Corte Cost. n. 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 dunque limitatamente al rapporto di natura tributaria, senza incidere sulla funzione di agente della riscossione di denaro pubblico derivante dalla configurazione complessiva dell'attività di gioco lecito mediante apparecchi o congegni elettronici, caratterizzata dalla predeterminazione dettagliata delle modalità di svolgimento dell'attività e della funzione del concessionario rispetto agli esercenti, in particolare sotto il profilo del controllo periodico della destinazione delle somme rimosse.

4. Segue: l'orientamento minoritario.

A fronte di tali poderosi argomenti – che, come visto, sono comuni a tutte le giurisdizioni: contabile, civile e, salvo il contrasto qui in esame, anche penale - un secondo e opposto orientamento della giurisprudenza di legittimità nega invece che il sub-concessionario per la gestione dei giochi telematici rivesta la qualifica di incaricato di pubblico servizio e che il denaro da lui riscosso costituisca pecunia pubblica.

Il contrasto è portato essenzialmente da un'unica pronuncia della stessa sezione sesta (Sez. 6, n. 21318 del 05/04/2018, Poggianti e altro, Rv. 272951 – 01, Pres. Paoloni, Est. Corbo), la quale - nel giudicare la condotta dell'amministratore della società gerente apparecchi per le vincite in denaro che, senza alterare il sistema telematico di collegamento di tali apparecchi con l'Azienda Autonoma dei Monopoli di Stato, aveva occultato la reale entità delle giocate effettuate, inserendo una scheda "clone" per la loro contabilizzazione, ed omesso di versare all'amministrazione finanziaria le somme dovute a titolo di prelievo unico erariale - ha affermato che tale condotta non integra il reato di peculato, ma, semmai, quello di truffa aggravata ai danni dello Stato.

La Sesta Sezione Penale, nell'occasione, ha precisato che 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 (poi) calcolato l'importo che la società deve corrispondere a titolo di debito tributario. Quindi, l'impresa che gestisce il congegno da gioco non incassa neppure in parte denaro già in quel momento dell'erario e di conseguenza, quando 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.

La sentenza in esame perviene a tale conclusione sulla base di un complessivo esame della disciplina,⁴ segnalando che tali norme individuano il soggetto passivo di imposta non già nel giocatore, ma nei concessionari della rete per la gestione telematica degli apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, T.U.L.P.S. (art. 39, comma 13), mentre i terzi incaricati della raccolta, individuati dai concessionari della rete, sono solidalmente responsabili con i predetti concessionari per le somme da essi raccolte, nonché per i relativi interessi e sanzioni (art. 39-sexies, comma 1). In secondo luogo, l'unità temporale

⁴ Essenzialmente, gli artt. 39, 39-bis, 39-ter, 39-quater, 39-quinquies e 39-sexies del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, come convertito dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, anche per effetto delle modifiche recate da ulteriori interventi normativi, in particolare dall'art. 1 l. 27 dicembre 2006, n. 296.

di riferimento finale per il calcolo dell'importo dovuto a titolo di prelievo erariale unico risulta essere l'anno solare.⁵

Su tali premesse (il soggetto passivo dell'imposta non è il giocatore, ossia colui che versa il denaro che si assume oggetto di appropriazione; il termine di riferimento finale per il pagamento del prelievo erariale unico è quello annuale; il prelievo erariale unico è dovuto per le giocate effettuate con apparecchi e congegni del tutto estranei alla rete telematica esattamente allo stesso modo che per le giocate effettuate con apparecchi e congegni regolari), l'orientamento in esame esclude che il soggetto che incassa le somme delle giocate riceva ab origine denaro di proprietà dell'erario ed afferma, invece, che il denaro così percepito costituisce il ricavo di un'attività commerciale, legittimamente o illegittimamente svolta, sulla quale è parametrata l'obbligazione tributaria.

Né tali conclusioni sarebbero da ritenersi in contrasto con la disposizione (art. 3, lett. g, del d.m. 12 marzo 2004) che prevede che il concessionario «contabilizza, per gli apparecchi collegati alla rete telematica affidatagli, il prelievo erariale unico ed esegue il versamento del prelievo stesso, con modalità definite con decreto di AAMS». Tale disposizione, nella prospettiva propria della sentenza in esame, non implica necessariamente che le somme incassate per le giocate siano da ritenersi, pro quota, di immediata titolarità dell'erario, ma, soprattutto, è dettata da una fonte regolamentare di attuazione della disciplina legislativa e, quindi, deve essere interpretata alla luce di questa regolamentazione sovraordinata. Sicché risulterebbe evidente l'assenza, nell'ipotesi in esame, di un presupposto indispensabile per la configurabilità del delitto di peculato: il soggetto che incassa le somme delle giocate non ha il possesso o la disponibilità di denaro altrui, ovviamente per la parte da versare all'Amministrazione finanziaria a titolo di prelievo erariale unico, ma, diversamente, è debitore nei confronti di questa in relazione ad una obbligazione pecuniaria commisurata all'entità del denaro percepito.

5. Ipotesi di soluzione.

L'orientamento minoritario (più che altro, la pronuncia 'dissenziante') non pare condivisibile: e ciò già alla luce di quanto già sopra esposto, sia in ordine ai presupposti da cui esso muove, che relativamente alle argomentazioni di cui esso si giova.

Al riguardo – ed a completamento del quadro già rappresentato - pare utile il richiamo ai principi in base ai quali operare, ai fini penali, la qualificazione di un soggetto quale pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio.

Va a tal proposito rammentato che l'art. 358 cod. pen. definisce l'incaricato di un pubblico servizio come colui che, a qualunque titolo, presta un servizio pubblico, a prescindere da qualsiasi rapporto d'impiego con un determinato ente pubblico. Il legislatore del 1990 (L. 26 agosto 1990, n. 86, art. 18), nel delineare la nozione di incaricato di pubblico servizio, ha privilegiato il criterio oggettivo-funzionale, utilizzando

⁵ L'art. 39, comma 13-bis, in effetti, stabilisce, nel primo periodo, che «il prelievo erariale unico è assolto dai soggetti passivi d'imposta con riferimento a ciascun anno solare, mediante versamenti periodici relativi a singoli periodi contabili e mediante un versamento annuale a saldo». L'art. 39-bis, comma 1, poi, prevede che, per gli apparecchi previsti all'art. 110, comma 6, T.U.L.P.S., «l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, avvalendosi di procedure automatizzate, procede, entro il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello per il quale è dovuto il prelievo erariale unico, alla liquidazione dell'imposta dovuta per i periodi contabili e per l'anno solare». In terzo luogo, il prelievo erariale unico è dovuto su tutte le somme giocate tramite apparecchi e congegni che erogano vincite in denaro, anche se questi siano esercitati al di fuori di qualunque autorizzazione e restino del tutto estranei alla rete telematica (art. 39-quater, commi 2 e 3).

la locuzione "a qualunque titolo" ed eliminando ogni riferimento, contenuto invece nel vecchio testo dell'art. 358 cod. proc. pen., al rapporto d'impiego con lo Stato o altro ente pubblico. Non si richiede quindi che l'attività svolta sia direttamente imputabile a un soggetto pubblico, essendo sufficiente che il servizio, anche se concretamente attuato attraverso organismi privati, realizzi finalità pubbliche (*ex multis*, da ultimo, Sez. 6, n. 46235 del 21/09/2016, Froio, Rv. 268127; Sez. 6, n. 10875 del 23/11/2016, Carloni, Rv. 272079; Sez. 6, n. 6405 del 12/11/2015, Minzolini, Rv. 265830; Sez. 6, n. 993 del 20/11/2018, Consiglio, Rv. 274938; si veda, con specifico riferimento all'impiegato di sportello di un istituto di credito che si appropri di una somma di danaro, ricevuta per conto dell'amministrazione finanziaria a titolo di pagamento di imposte, Sez. 6, n. 39397 del 10/10/2007, Tardiola, Rv. 237668).

Il capoverso dell'art. 358 cod. pen. esplicita il concetto di servizio pubblico, ritenendolo formalmente omologo alla funzione pubblica di cui al precedente art. 357, ma caratterizzato dalla mancanza di poteri deliberativi, autoritativi o certificativi tipici di quest'ultima. Il parametro di delimitazione esterna del pubblico servizio è dunque identico a quello della pubblica funzione ed è costituito da una regolamentazione di natura pubblicistica, che vincola l'operatività dell'agente o ne disciplina la discrezionalità in coerenza col principio di legalità, con esclusione in ogni caso dall'area pubblicistica delle mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale (*ex multis*, Sez. 6, n. 39359 del 7.3.2012, Ferrazzoli, Rv. 254337). Ai fini penali, la qualifica pubblicistica dell'agente deriva quindi dall'effettivo esercizio di funzioni nell'ambito di un pubblico ufficio o servizio e prescinde dalla natura privata o pubblica dell'ente di appartenenza, con la conseguenza che la natura dell'ente e la sua attività tipica potranno eventualmente costituire utili indizi ai fini della individuazione della qualifica soggettiva ma essi non sono di per sé a tale scopo determinanti.

Orbene, la sentenza delle Sezioni Unite Civili innanzi esaminata -se è vero che espressamente afferma che "la società ricorrente è concessionaria di un'attività che non ha né natura di servizio pubblico, né assolve una funzione neanche *lato sensu* pubblicistica" (p. 9)- evidentemente riferisce tale affermazione all'intrinseca estraneità dell'esercizio del gioco d'azzardo da parte dello Stato dal perimetro proprio ai pubblici servizi, ove si astragga dalle connesse entrate tributarie e dal vantaggio erariale che ad esse consegue. Allorché, quindi, le Sezioni Unite civili ribadiscono la qualifica di agente contabile dei concessionari di rete in dipendenza del maneggio di denaro pubblico ad essi affidato e da essi realizzato, tale indicazione assume un indiscutibile rilievo in ordine al tema controverso relativo alla natura originariamente pubblica delle somme riscosse dai concessionari e sub-concessionari e a quello, ad esso connesso e rilevante per la configurabilità del delitto di peculato, dell'altruità di tali somme che siano in possesso o nella disponibilità del "concessionario" o del "gestore".

E che si tratti di 'denaro pubblico' lo si ricava, di necessità, dalla pacifica circostanza che il PREU è un tributo. La Corte costituzionale con sentenza n. 334 del 2006, ha precisato che «anche a prescindere dalla denominazione di "tributo" riservata al predetto prelievo erariale unico dai provvedimenti impugnati, la natura di "entrata tributaria erariale" del medesimo si desume, infatti, in modo univoco dalla sua disciplina positiva e dalla sua derivazione dall'imposta sugli intrattenimenti», della quale, «pur nella sua autonomia, ha mantenuto le caratteristiche essenziali»(in più occasioni identificate dal giudice delle leggi nella «doverosità della prestazione e il collegamento di questa ad una pubblica spesa [...] con riferimento ad un presupposto economicamente rilevante»). Con il Decreto direttoriale dell'AAMS n. 515 dell'8 aprile 2004 dove all'art. 1, comma 2, lett. e) è stata fornita una prima indicazione sul soggetto passivo dell'imposta da identificarsi

in colui al quale l'AAMS stessa rilascia i nulla-osta per gli apparecchi del gioco e fissa i termini e modalità di assolvimento del prelievo e dei suoi acconti.

Tuttavia, è solo con la legge finanziaria del 2007 – ossia la l. n. 296, del 27 dicembre 2006 – che il legislatore “plasma” la struttura del PREU, modellandola sull'istituto classico dell'imposta e introducendo nello stesso d.l. n. 269 del 2003 gli inediti artt. da 39-ter a 39-septies (richiamati impropriamente a mio parere dalla ordinanza di rimessione) mediante i quali viene principalmente disciplinata la fase attuativa del tributo, in ossequio, probabilmente, anche alle indicazioni emergenti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 334 del 2006.

Il riversamento del PREU dal concessionario all'erario è da considerarsi indipendente da chi ha effettivamente e materialmente raccolto il danaro (soggetto terzo o concessionario). È la natura del tributo che deve essere considerata: tanto vero che, se tale riversamento manca, è possibile la revoca della concessione.

In breve, è del tutto eventuale la catena del contraente con lo Stato e il semplice gestore/terzo incaricato che deve mettere il PREU a disposizione del concessionario. Si vuol dire che – in ipotesi di gestione ‘diretta’ della rete da parte del concessionario (senza, cioè, alcun affidamento ad un terzo ‘incaricato della raccolta’ o ‘gestore’, a seconda delle denominazioni- nessuno dubiterebbe che la mancata contabilizzazione da parte del concessionario medesimo ed il mancato versamento allo Stato di quanto dovuto, integrerebbe il delitto di peculato.

Il rilievo che l'identica condotta – se posta in essere, in base ad un accordo privato, tra concessionario e gestore, del tutto irrilevanti per le finalità pubbliche della riscossione – possa mutare qualificazione urta con le più elementari regole di logica e con i principi propri del diritto penale. La ‘natura’ del tributo; il consolidarsi della sua sussistenza fin dal momento in cui il denaro del giocatore viene immesso nelle macchine autorizzate nella rete; il suo ammontare ecc. costituiscono parametri e ‘qualità’ di certo non suscettibili di scolorire e diversificarsi per la sola circostanza che il concessionario, anziché agire ‘in proprio’ (vale a dire, con autonoma e propria organizzazione) ne affidi l'organizzazione stessa ad un soggetto terzo (il quale, si badi, a sua volta può non essere il terminale ultimo o il proprietario delle stesse macchine da gioco).

Se così non fosse, sarebbe sufficiente la predisposizione di una ‘catena esecutiva’ o ‘organizzativa’ per fare mutare pelle all'obbligazione tributaria ed alla titolarità, in capo esclusivamente allo Stato, delle somme oggetto del gioco disciplinato per legge.

Quanto al c.d. ‘ricavo di impresa’, tale nozione pare del tutto estranea al sistema ed erronea nella sua prospettazione: è soltanto l'importo residuo - che riguarda il c.d. margine di impresa- che non deve essere considerato. Detto altrimenti: che la convenzione tra concessionario e gestore possa prevedere una percentuale dei ricavi complessivi quale ‘corrispettivo’ della gestione non significa affatto che tutto il denaro ‘scassettato’ da ogni apparecchio sia, per il gestore, un ricavo di impresa o che di tale denaro egli abbia un (privatistico) possesso per il solo fatto che una sua (infinitesima, peraltro) percentuale gli sia dovuta quale corrispettivo. Significa, soltanto, che il ‘gestore’ viene compensato a percentuale: che, cioè, è indicata una ‘misura’ del suo corrispettivo, attraverso una percentuale. Insomma: la previsione di un corrispettivo, indicato attraverso una percentuale, non comporta che l'intero asset del ricavo cessi di essere ‘denaro pubblico’. Non senza segnalare che, ad accogliere la tesi minoritaria, l'appropriazione da parte del gestore delle somme in questione: a) diverrebbe un mero illecito civile rispetto al concessionario; b) diverrebbe una mera ipotesi di evasione fiscale nei confronti dello Stato, con una sostanziale depenalizzazione della condotta.

Con intuibili conseguenze anche sotto il profilo della prevenzione generale dei reati di vario genere (si pensi, ad es. al riciclaggio) che possono orbitare anche nell'universo del gioco telematico lecito.

P.Q.M.

Si chiede che codeste Sezioni Unite vogliano:

a) rispondere affermativamente al quesito di diritto posto: «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, costituisce il delitto di peculato»;

b) rigettare di conseguenza il ricorso proposto nell'interesse di *****

Roma, 24 settembre 2020

L'Avvocato Generale
Piero Gaeta