

997-2020



R E P U B B L I C A I T A L I A N A
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SESTA SEZIONE PENALE

Composta da

Giorgio Fidelbo - Presidente -

ord. n. sez. 1310

Angelo Costanzo

UP - 12/09/2019

Stefano Mogini - Relatore -

R.G.N. 19546/19

Ercole Aprile

Gaetano De Amicis

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso proposto da

Rubbo Angelo, nato a San Giorgio delle Pertiche il 23/01/1952

avverso la sentenza del 26/09/2018 emessa dalla Corte di appello di Roma;

visti gli atti, la sentenza impugnata e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Stefano Mogini;

udito il Pubblico Ministero, in persona del sostituto procuratore generale Roberto Aniello, che ha concluso chiedendo l'inammissibilità del ricorso;

udito per la parte civile, Cogetech s.p.a., l'avvocato Claudio Urcioli, sostituto processuale dell'avvocato Tommaso Romano Valerio Politi, che ha chiesto la conferma della sentenza;

udito l'avvocato Simona Rampiconi, difensore dell'imputato, che ha insistito per l'accoglimento dei motivi.

RITENUTO IN FATTO

1. Rubbo Angelo ricorre per mezzo del suo difensore di fiducia avverso la sentenza della Corte di appello di Roma che ha confermato quella di primo grado con la quale il ricorrente è stato condannato per il delitto di peculato a lui ascritto.

Il ricorrente è imputato di essersi appropriato, quale legale rappresentante della Island Games S.r.l. - incaricata della raccolta delle giocate per conto della Cogetech 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.

Per quanto rileva in questa sede, la decisione di primo grado, alla quale la sentenza impugnata ha operato plurimi e circostanziati riferimenti, ha ritenuto che le attività oggetto della convenzione di concessione stipulata tra il Ministero dell'Economia e la Cogetech S.p.a. - e segnatamente quelle di conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito mediante gli apparecchi di divertimento ed 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 PREU e del canone di spettanza dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (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. Entrambi i giudici di merito hanno inoltre affermato che la Island Games S.r.l., in virtù del contratto di collaborazione stipulato con il concessionario Cogetech S.p.a., ha assunto il ruolo di gestore del gioco e di incaricato della raccolta delle giocate, 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 Cogetech 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. Sicché la Island Games S.r.l. svolgeva un servizio pubblico e il suo amministratore unico e legale rappresentante, Rubbo Angelo, rivestiva 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 Cogetech 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 al riguardo osservato 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.

2. Il ricorrente deduce con unico motivo di ricorso violazione dell'art. 314 cod. pen. in quanto 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 è 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.

3. Con memoria depositata in data 31/7/2019 la parte civile Cogetech S.p.a. ha argomentato, in tesi, l'inaammissibilità per aspecificità del ricorso, che consiste nella mera trascrizione di alcuni passaggi di una isolata sentenza di questa Sezione, e, in ogni caso, l'infondatezza del medesimo ricorso, posto che secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio il sub-concessionario per la gestione dei giochi telematici, trattandosi di un soggetto che, in virtù di una facoltà riconosciuta al concessionario dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS), è investito contrattualmente dell'esercizio dell'attività di agente contabile addetto alla riscossione e al successivo versamento del prelievo erariale unico sulle giocate.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Va preliminarmente rilevato come il giudizio di penale responsabilità del ricorrente, cui sono concordemente pervenuti entrambi i giudici di merito con riguardo al contestato delitto di peculato, si fonda sul presupposto che il sub-concessionario per la gestione dei giochi telematici rivesta la qualità di incaricato di pubblico servizio, poiché investito contrattualmente, in virtù di una facoltà riconosciuta al concessionario dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS), dell'esercizio dell'attività di agente contabile addetto alla riscossione ed al successivo versamento del prelievo erariale unico sulle giocate previsto dall'art. 2, lett. g), del d.m. 12 marzo 2004.

Nella valutazione del ricorso presentato nell'interesse di Rubbo Angelo 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.

A tale riguardo, si rileva nella giurisprudenza di legittimità l'esistenza di un contrasto tra due opposti orientamenti interpretativi per la cui definizione si impone la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite. Il ricorso pone infatti una questione di diritto pertinente all'inquadramento giuridico del fatto contestato e al relativo giudizio di penale responsabilità, tra l'altro come tale rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen.

2. Secondo un primo orientamento - affermato da Sez. 6, n. 49070 del 05/10/2017, Corsino, Rv. 271498 - il sub-concessionario per la gestione dei giochi telematici riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio. Egli deriva tale qualifica pubblica dal fatto che il concessionario statale della gestione dei giochi telematici, quale agente contabile, riveste anch'esso la qualità di incaricato di pubblico servizio, atteso che il denaro che riscuote è fin da subito di spettanza della P.A.. Il decreto 12.03.2004 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, nella prospettiva tracciata dalla sentenza in esame, che la natura privatistica del contratto mediante il quale la concessionaria, avvalendosi della facoltà appositamente concessa 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 la richiamata sentenza osserva 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 la sentenza fa discendere la correttezza dell'inquadramento della condotta nel paradigma di cui all'art. 314 cod. pen.. Al riguardo, essa si pone consapevolmente nel solco della giurisprudenza di legittimità relativa alla posizione del concessionario della raccolta del gioco del lotto, ritenuta essere del tutto corrispondente a quella in esame, 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 (da ultimo, Sez. 6, n. 46954 del 21.05.2015, Bongiovanni, Rv. 265275, 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; Sez. 6, n. 30541 del 17/05/2007, Lombardo, Rv. 237185).

3. 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 trovato autorevole conferma 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 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.

La sottoposizione al prelievo erariale unico non incide peraltro sulla natura di agente contabile, perché si tratta soltanto di una modalità con la quale l'Amministrazione ottiene il versamento da parte del concessionario di somme da calcolarsi sulla base di conti da rendersi da chi rivesta la qualifica di agente contabile per avere maneggio delle somme di denaro su cui deve calcolarsi il prelievo.

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.



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 statale 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 statale.

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 statale 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. La previsione di una remunerazione variamente modulata, ma rigidamente predeterminata, costituisce la conseguenza della prefigurazione di un rapporto concessorio ed impone la individuazione di un sistema di prelievo fiscale.

Sebbene il sistema fiscale di prelievo originariamente previsto non fosse esattamente corrispondente al prelievo erariale unico, trattandosi di un'imposta sul trattenimento la cui base imponibile era stabilita forfaitariamente con decreto del Ministro delle Finanze in relazione alle caratteristiche tecniche degli apparecchi, a partire dal 1/1/2003 è stato introdotto il

P.R.E.U. (prelievo erariale unico) determinato sulla base dell'imponibile medio forfetario indicato nel comma 2 e modificabile periodicamente con decreto del Ministro delle Finanze e dell'Economia (ultimo comma dell'art. 14 bis sopracitato).

Di centrale rilievo è ritenuta la previsione, anche nella norma relativa all'imposizione fiscale, dell'obbligo imperativo di procedere all'attivazione della rete telematica, al fine di porre l'Amministrazione statale concedente in condizione di gestire telematicamente, mediante i concessionari, selezionati con procedure ad evidenza pubblica, l'attività del gioco lecito.

Alla luce della disciplina legislativa sopra illustrata, che pone in luce la diretta ed esclusiva attribuzione statale del gioco lecito realizzato con apparecchi e congegni collegati all'autorità statale 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 del 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.

Come meglio precisato dalle Sezioni Unite civili nell'ordinanza n. 14891 del 2010, 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.

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 riscosse.

Solo all'interno di queste rigide maglie si può esercitare un'attività che, ove non fosse diretta emanazione dell'autorità statale e non fosse soggetta al suo diretto e continuativo controllo, sarebbe illecita.

La decisione delle Sezioni Unite Civili chiarisce infine che i principi elaborati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di libertà di stabilimento non escludono una disciplina nazionale restrittiva del gioco lecito, fondata sui principi di proporzionalità e su ragioni

imperative d'interesse generale o di ordine pubblico. Sono pertanto compatibili con il diritto dell'Unione le restrizioni del legislatore italiano all'attività d'impresa esercente il gioco lecito mediante apparecchi e congegni elettronici, necessariamente connessi alla rete telematica pubblica, di cui è previsto l'affidamento in concessione ai sensi dell'articolo 14 bis, comma 4, del d.P.R. n. 640 del 1972, in quanto tali restrizioni sono giustificate dalla necessità, per un verso, di tutelare l'ordine pubblico, scongiurando, con un sistema di accesso e controllo pubblico capillare, il fiorire del gioco d'azzardo illecito e, per l'altro, di salvaguardare l'interesse generale al contrasto della ludopatia, consentendo all'autorità statale, per il tramite del rapporto concessorio, di conservare la titolarità e il controllo del denaro riscosso, secondo le regole generali relative al maneggio di denaro pubblico, nel pieno rispetto anche del principio della proporzionalità, trattandosi di controllo periodico, che non intralcia la gestione dell'attività di gioco lecito ed, anzi, è facilitato dalla rete telematica (Sez. U, n. 14697 del 29/05/2019, Rv. 653988 - 02).

4. 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 publica*.

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 ommesso di versare all'amministrazione finanziaria le somme dovute a titolo di prelievo unico erariale, la Sesta Sezione Penale ha affermato che tale condotta non integra il reato di peculato, ma, semmai, quello di truffa aggravata ai danni dello Stato (Sez. 6, n. 21318 del 05/04/2018, Poggianti e altro, Rv. 272951 - 01).

La Sesta Sezione Penale ha nell'occasione 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 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 di cui agli 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 I. 27 dicembre 2006, n. 296.

Innanzitutto, la sentenza segnala 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 di riferimento finale per il calcolo dell'importo dovuto a titolo di prelievo erariale unico risulta essere l'anno solare. 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).

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 e 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 sono ritenute in contrasto con la disposizione (art. 3, lett. g, del d.nn. 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 di cui agli artt. 39, 39-bis, 39-ter, 39-quater, 39-quinquies e 39-sexies del dl. 30 settembre 2003, n. 269, come convertito

dalla I. 24 novembre 2003, n. 326, e successive modifiche, 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. Tale ultima conclusione appare coerente con l'accertata natura tributaria del prelievo erariale unico.

La Corte costituzionale, pronunciandosi nel giudizio per conflitto di attribuzione promosso dalla Regione Siciliana a seguito del decreto del Direttore generale dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato del 30 dicembre 2003 (Modalità di versamento del prelievo unico erariale dovuto ai sensi dell'art. 39, comma 13, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, per gli apparecchi e congegni di cui all'art. 110, comma 6, del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni) e della nota dell'Agenzia delle entrate - Direzione centrale amministrazione del 13 febbraio 2004, n. 2004/29102 (Istituzione codici tributo per il versamento del prelievo erariale unico sugli apparecchi e congegni di gioco di cui all'art. 110, comma 6, del regio decreto n. 773/1931, previsto dall'art. 39, comma 13, del decreto-legge n. 269/2003), ha affermato che il PREU, oggetto degli atti impugnati, ha natura di "entrata tributaria erariale", indicata tra le condizioni richieste per attribuirne il gettito alla Regione Siciliana dall'art. 2, primo comma, del d.P.R. n. 1074 del 1965 (Corte cost., sentenza n. 334 del 2006).

La Corte costituzionale ha rilevato 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 in modo univoco dalla sua disciplina positiva e dalla sua derivazione dall'imposta sugli intrattenimenti.

In particolare, la Corte costituzionale ha sottolineato che, con il combinato disposto dei commi 8, 9 e 13 dell'art. 39 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e la correzione dell'andamento dei conti pubblici), e con la conseguente modifica dei commi 1 e 2 dell'art. 14-bis del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 640 (Imposta sugli spettacoli), il legislatore ha limitato agli apparecchi e congegni per il gioco di cui al settimo comma dell'art. 110 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 (Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), l'applicazione dell'imposta sugli intrattenimenti originariamente relativa sia agli apparecchi e congegni elencati dal sesto comma dello stesso articolo 110, sia a quelli elencati dal settimo comma. Nel contempo, a decorrere dall'anno 2004, ha assoggettato ad uno specifico prelievo erariale quegli apparecchi che hanno

caratteristiche tecniche tali da consentirne la gestione telematica, nulla innovando, rispetto alla disciplina dell'imposta sugli intrattenimenti, in ordine alla struttura del prelievo stesso. Il presupposto rimane, 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, come già previsto, per l'imposta sugli intrattenimenti, dall'art. 1 del d.P.R. n. 640 del 1972 e dal punto 6 della tariffa allegata allo stesso d.P.R.; l'imponibile continua 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, analogamente a quanto stabilito dall'art. 14-*bis* del d.P.R. n. 640 del 1972, per l'imposta sugli intrattenimenti; il soggetto passivo di imposta è il concessionario della rete per la gestione telematica degli apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, T.U.L.P.S. (art. 39, comma 13, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, come convertito dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, e ulteriormente modificato da ulteriori interventi normativi, in particolare dall'art. 1 l. 27 dicembre 2006, n. 296), 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, d.l. 30 settembre 2003, n. 269 e successive modifiche).

Il prelievo erariale unico ha, dunque, natura tributaria, perché è sostitutivo dell'imposta sugli intrattenimenti, della quale, pur nella sua autonomia, ha mantenuto le caratteristiche essenziali.

6. Osserva il Collegio che un altro aspetto problematico risulta potenzialmente rilevante per la risoluzione del rilevato contrasto.

È al riguardo necessario richiamare i 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 ricordato 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 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 - che pure rileva a più riprese come la *ratio* della scelta normativa per una potestà statale esclusiva ed accentrata del gioco lecito consista nel contrasto dell'attività criminale legata a tale tipologia di gioco d'azzardo e nel tenere sotto controllo, limitare e sconfiggere la ludopatia, sicché la liceità del gioco d'azzardo discende in questo caso dalla gestione mediante la rete telematica di verifica e controllo continuativo dell'esercizio del gioco con vincite in denaro da parte dello Stato - nondimeno espressamente afferma che "la società ricorrente è concessionaria di un'attività che non ha né natura di servizio pubblico, né assolve una funzione neanche *latu sensu* pubblicistica" (p. 9), evidentemente riferendosi alla 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. A ben vedere, quindi, allorché 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". Si tratta, tuttavia, di un'indicazione che attiene precipuamente al controllo periodico della destinazione delle somme riscosse ed erogate, ed in particolare di quelle originariamente di pertinenza pubblica, perché di carattere erariale. Al contrario, la rilevanza delle argomentazioni sviluppate dalle Sezioni Unite civili appare meno netta ove esse si rapportino alla determinazione nel caso in esame della qualifica pubblicistica rilevante ai fini dell'integrazione del delitto di peculato, che deriva, come si è visto, dall'effettivo esercizio di funzioni nell'ambito di un pubblico ufficio o servizio.

7. Preso atto della compresenza dei due descritti, diversi orientamenti, ciascuno suffragato da plurime conferme e fondati entrambi su presupposti di ordine letterale e sistematico, si impone dunque la devoluzione del ricorso alle Sezioni Unite, perché risolvano il segnalato contrasto e stabiliscano "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".

P.Q.M.

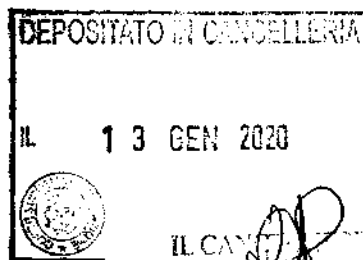
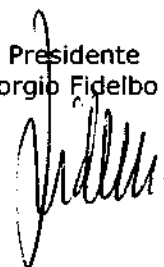
Rimette il ricorso alle Sezioni Unite.

Così deciso il 12/09/2019.

Il Consigliere estensore
Stefano Mogini .



Il Presidente
Giorgio Fidelbo



IL CANTIERE
Pubblica Amministrazione