

La Corte di cassazione annulla con rinvio l'ordinanza con la quale il Tribunale ordinario di Genova, in funzione di giudice del riesame ex art. 309 c.p.p. aveva modificato l'ordinanza del Gip di Imperia applicativa di misura cautelare a soggetto indagato del delitto di corruzione ex art. 321 c.p., annullando la misura applicata

Sommario: 1. *La sentenza della Corte di cassazione; soluzione adottata.* – 2. *Evoluzione normativa e interpretativa in materia di attribuzione della qualifica di incaricato di pubblico servizio ex art. 358 c.p., di rapporto di servizio in materia di danno erariale e di società a partecipazione pubblica.* – 3. *Osservazioni critiche in ordine alla soluzione adottata dalla Suprema Corte, con specifico riferimento alla rilevanza della natura giuridica della società; ricorrenza della finalità del servizio pubblico nelle mansioni esercitate dal dipendente, indipendentemente dalla natura giuridica della società.*

1. La sentenza della Corte di cassazione; soluzione adottata

La sentenza della Corte di cassazione interviene a seguito di ricorso del pubblico ministero avverso l'ordinanza con la quale il Tribunale ordinario di Genova, in funzione di giudice del riesame ai sensi dell'art. 309 c.p.p., aveva modificato l'ordinanza del Gip di Imperia applicativa di misura cautelare per il delitto di cui all'art. 321 c.p., secondo il quale “*le pene stabilite nel primo comma dell'art. 318 [...] e nell'art. 320 in relazione alla suddett[a] ipotesi [...] si applicano anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio il denaro o altra utilità*”, nella specie perfezionatosi, secondo l'ipotesi di reato allo stato formulata, in riferimento alla partecipazione ad una associazione a delinquere finalizzata a commettere un numero indeterminato di truffe aggravate ai danni del Casinò di Sanremo, mediante la sistematica sottrazione, da parte del cartaio, di carte da gioco, la alterazione di quelle aventi determinati valori e la falsa asseverazione dei *sixain* modificati.

Il giudice di legittimità richiama i motivi del ricorso, consistenti nella inosservanza o erronea applicazione dell'art. 19 d.l. n. 318/1986, convertito con mo-

dificazioni dalla l. n. 488/1986 (secondo il quale: “*le entrate derivanti ai Comuni di Sanremo e Venezia [...] sono considerate ad ogni effetto, fin dalla loro istituzione, entrate di natura pubblicistica, da classificarsi nel bilancio al titolo I, entrate tributarie. Non si fa luogo al rimborso delle imposte dirette già pagate*”), e per contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione in riferimento alla natura privatistica dell'attività di esercizio del gioco di azzardo del Casinò di Sanremo, e alla conseguente esclusione della qualità di incaricato di pubblico servizio del cartaio.

Secondo quanto riferito dalla Suprema Corte, il ricorrente si era lamentato che la struttura logica dell'ordinanza applicativa della misura si riportasse all'orientamento espresso dalla pronuncia a Sezioni unite civili del 6 giugno 1994, n. 5492, oltre che dalla ulteriore pronuncia del 23 novembre 1985, n. 45 dep. nel 1986, secondo le quali “*la gestione di una casa da gioco, per quanto autorizzata dalla pubblica autorità, presenterebbe le connotazioni tipiche dell'attività di impresa*”: detto orientamento dovrebbe ritenersi ormai superato, in quanto non terrebbe conto di quanto previsto dall'art. 19 d.l. n. 318/1986, e, comunque, occorrerebbe fare riferimento al principio espresso dalle Sezioni unite penali del 24 settembre 2020, n. 6087 che avevano ravvisato la qualifica di incaricato di pubblico servizio ai sensi dell'art. 358 c.p. nel soggetto tenuto a versare allo Stato i proventi del gioco di *slot machine*, e ciò anche se detti apparecchi sono direttamente collegati a mezzo della rete telematica all'amministrazione dei monopoli, risultando quest'ultima circostanza indifferente sul punto. In ogni caso, il gestore di casa da gioco è incaricato di pubblico servizio poiché espleta attività attribuita allo Stato in regime di concessione di pubblico servizio.

La Corte, nell'accogliere il ricorso passa in rassegna la composta disciplina in materia di gioco d'azzardo: l'art. 1 r.d. 22 dicembre 1927, n. 2248 che ha istituito il Casinò, il d.lgs. 14 aprile 1948, n. 496 che ha affidato al Ministero delle finanze l'organizzazione, l'esercizio e la gestione delle Case da gioco, il già citato d.l. n. 318/1986, e, quindi, la l. 18 ottobre 2011, n. 383 che ha riorganizzato la disciplina. Ancora, il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito dalla l. 13 settembre 2012, n. 158 [*recte*: 189] e la l. 9 agosto 2023, n. 111 osservando che “*il Tribunale ha accolto la tesi della natura privatistica dell'attività di esercizio del gioco da parte dell'ente Casinò di Sanremo s.p.a. espressa dalla risalente Sez. unite civili n. 5492 del giugno 1994*”, che aveva qualificato la gestione della casa da gioco come attività d'impresa a fine di lucro, distinta dalla struttura pubblica dell'ente locale. In tale ambito, sempre secondo la Corte di cassazione, si colloca la precedente pronuncia della Sezione I civile del 18 marzo 2006, n. 6082 che in materia di ineleggibilità dei dipendenti comunali non aveva ritenuto tale il *croupier*.

Parallelamente, sul versante penale alcune pronunce di legittimità hanno seguito lo stesso filone interpretativo, escludendo ad esempio la sussistenza del

delitto di peculato (quando al fine dell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 314 c.p. non era ancora sufficiente la mera *altruità* della cosa) nella appropriazione, da parte dei c.d. impiegati di gioco, del denaro del Casinò, in quanto quest'ultimo era da considerarsi soggetto diverso dalla pubblica amministrazione.

Tale orientamento sarebbe stato poi superato, sia in sede civile che penale, tanto che le Sezioni unite civili, con riferimento al Casinò comunale di Campione d'Italia qualificarono quale concessione di servizio pubblico *“il contratto con il quale l'ente locale attribuisce la gestione della casa da gioco municipale a un privato”* (Cass., S.U., 1 aprile 1999, n. 202, in sostanziale aderenza con la giurisprudenza di Cons. Stato 6 ottobre 1994, n. 2339 e 21 aprile 1964, n. 832).

Detto orientamento – sempre secondo la motivazione della pronuncia – sarebbe stato ulteriormente ribadito dalle Sezioni unite che hanno posto in evidenza il particolare regime di tipo autorizzatorio condizionante la costituzione di dette società.

Analoga evoluzione si è poi verificata in campo penale, dopo la modifica dell'art. 358 c.p. ad opera della l. 26 aprile 1990, n. 86: incaricato di pubblico servizio è *“colui che presta un servizio pubblico a prescindere dal rapporto del soggetto con un determinato ente pubblico”*. D'altronde, con la pronuncia 10 ottobre 2012, n. 41676, la Corte di cassazione in sede penale affermò che *“il dipendente comunale addetto al Casinò municipale [...] fosse un organo del comune medesimo, con lo specifico compito di verificare la correttezza delle operazioni di pagamento dei proventi della casa da gioco”*, evidenziando anche che la pronuncia a Sezioni unite n. 45 dep. 1986 dovesse ritenersi superata dopo la richiamata modifica dell'art. 358 c.p.

In ultima analisi, occorrerebbe quindi rifarsi alla elaborazione operata dalle S.U. penali n. 6087/2020 che ha espresso il seguente principio di diritto: *“integra il reato di peculato la condotta del gestore o dell'esercente degli apparecchi da gioco leciti di cui all'art. 110, cc. 6 e 7, Tulps, che si impossessi dei proventi del gioco, anche per la parte destinata al pagamento del Preu, non versandoli al concessionario competente”* e precisando in motivazione che il concessionario riveste la qualifica formale di agente contabile ed è incaricato di pubblico servizio.

La sentenza in esame ritiene quindi che il *modello ricostruttivo* di detta pronuncia debba essere applicato anche applicato *“anche in relazione alle tipologie di gioco che si svolgono ai tavoli”*, proprio in forza della nozione di servizio pubblico.

A questo riguardo si deve infatti considerare che le entrate in questione hanno carattere tributario ai sensi dell'art. 19 d.l. n. 318/1986, e che le società che gestiscono i Casinò svolgono una importante funzione di controllo, sia per il contrasto alla ludopatia, sia per il contrasto a svariate attività criminali che statisticamente ruotano intorno al maneggio di rilevanti flussi di denaro.

2. *Evoluzione normativa e interpretativa in materia di attribuzione della qualifica di incaricato di pubblico servizio ex art. 358 c.p., di rapporto di servizio in materia di danno erariale e di società a partecipazione pubblica*

Le pronunce richiamate dalla sentenza in commento, partitamente in ragione dei due filoni interpretativi individuati, si situano nel corso dell'approvazione delle modifiche legislative che hanno interessato sia il campo penalistico che quello erariale: l'art. 358 c.p., per quanto riguarda la definizione del soggetto incaricato del pubblico servizio, la normativa relativa alle società partecipate, e la evoluzione del concetto di *rapporto di servizio*.

Il testo originario dell'art. 358 c.p. disponeva: *“agli effetti della legge penale, sono persone incaricate di un pubblico servizio: 1° gli impiegati dello Stato, o di un altro ente pubblico, i quali prestano, permanentemente o temporaneamente, un pubblico servizio; 2° ogni altra persona che presta, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, un pubblico servizio”*; quello attuale, conseguente alla modifica operata dall'art. 18 l. n. 86/1990, prevede che: *“agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale”*.

Con la modifica del 1990 si perviene alla delimitazione della qualifica di persona incaricata di pubblico servizio indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di dipendenza con lo Stato o con un altro ente pubblico e si valorizza la concezione c.d. funzionale-oggettiva, secondo la quale è pubblico servizio ogni attività oggettivamente diretta al conseguimento di finalità pubbliche.

Secondo il costante orientamento di legittimità, infatti, la categoria va individuata senza che sia necessaria l'esistenza di un rapporto di dipendenza formale del soggetto da una pubblica amministrazione (1).

Ciò tanto è vero che, ad esempio, la Corte di legittimità ha riconosciuto la qualifica in capo al dipendente di una società concessionaria di opere pubbliche che abbia la disponibilità di denaro vincolato a scopi

(1) Cass. 12 luglio 2004, n. 11480 (dep. 15 settembre 2004): *“il nuovo testo dell'art. 358 c.p. ha modificato la previgente disciplina, dando una nozione di incaricato di pubblico servizio, da un lato, più ampia e, dall'altro lato, più restrittiva di quella precedente”*.

Sotto il primo profilo, la *“novella”* ha ampliato la nozione di incaricato di pubblico servizio, correlandola all'attività in concreto espletata dall'agente, indipendentemente dal suo ruolo giuridico e da un effettivo rapporto di subordinazione con l'ente pubblico (Sez. VI, 30 gennaio 1992, *Ginghiali*).

pubblici (2) o al concessionario del diritto di superficie di aree acquisite al patrimonio comunale per la realizzazione del piano di edilizia economico popolare (3).

Una parallela evoluzione in senso sostanziale si è poi registrata per la individuazione dell'illecito erariale, con riferimento alla delimitazione della categoria del rapporto di servizio.

Il rapporto di servizio, che è – unitamente all'elemento psicologico, alla condotta, all'eventodanno, al rapporto di causalità fra condotta e danno – uno degli elementi strutturali ed essenziali dell'illecito erariale si identificava tradizionalmente con il rapporto formale di dipendenza da una pubblica amministrazione, secondo la normativa di seguito indicata.

L'art. 52, c. 1, r.d. 12 luglio 1934, n. 1214: “*i funzionari impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali a ordinamento, autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni per azione od omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza cagionino danno allo Stato e ad altra amministrazione dalla quale dipendono sono sottoposti alla giurisdizione della Corte nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali*”; ancora, l'art. 18 d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3: “*l'impiegato delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, è tenuto a risarcire alle amministrazioni stesse i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio*”, e, quindi, l'art. 1 l. 14 gennaio 1994, n. 20 che c. 1 ha fatto richiamo alla “*responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica*” e ha, tra l'altro disposto che “*la Corte dei*

conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, per i fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge”, così svincolando ontologicamente la responsabilità erariale dal rapporto di formale dipendenza con l'amministrazione danneggiata.

Ad ogni modo, oggi il rapporto di servizio, elemento dell'illecito erariale, prescinde dalla dipendenza formale da una pubblica amministrazione e va piuttosto individuato nell'inserimento del soggetto agente danneggiante nel procedimento funzionalizzato della pubblica amministrazione danneggiata.

Infatti, la Cassazione ha affermato che: “*in tema di responsabilità per danno erariale, l'esistenza di una relazione funzionale tra l'autore dell'illecito causativo di danno patrimoniale e l'ente pubblico che il danno subisce, quale presupposto per la formulazione di un addebito di responsabilità amministrativa è individuabile non solo quando tra i due soggetti intercorra un rapporto di impiego in senso proprio e ristretto, ma anche quando sia comunemente individuabile un rapporto di servizio in senso lato, tale cioè da collocare il soggetto preposto in posizione di attivo partecipante dell'attività amministrativa dell'ente pubblico preponente* (4).

Anche le più recenti pronunce delle Sezioni unite riaffermano il principio.

Così il “*rapporto di servizio tra la pubblica amministrazione erogatrice di contributo e il soggetto privato si configura in tutti i casi in cui quest'ultimo, ponendo in essere i presupposti per la illegittima percezione di un finanziamento pubblico o disponendo della somma erogata in modo diverso da quello preventivo, abbia frustrato lo scopo perseguito dall'amministrazione, distogliendo le risorse conseguite dalle finalità cui erano preordinate*” (5); più in generale “*a radicare la giurisdizione della Corte dei conti [...] è necessario e sufficiente che il pubblico interesse, per la tutela del quale il procuratore regionale si fa promotore, caratterizzi la sua azione sotto i profili inerenti: a) alla addebitabilità di un comportamento commissivo od omissivo posto in essere, in*

(2) Cass. 27 gennaio 2005, n. 11902 (dep. 25 marzo 2005), secondo la quale: “*la qualità di incaricato di un pubblico servizio [...] è pacificamente ravvisabile anche in capo a dipendenti di società concessionarie di servizi od opere pubbliche, perché l'art. 358 c.p. intende in senso oggettivo l'esercizio del pubblico servizio prescindendo dalla natura pubblica o privata dell'ente al quale l'attività sia riferibile*”, principio questo affermato in relazione a soggetto che aveva avuto disponibilità di denaro vincolato al conseguimento di scopi pubblicistici e non svolgeva semplici mansioni d'ordine o di prestazione di opera meramente materiale”.

(3) Cass. 28 ottobre 1997, n. 11480 (dep. 15 dicembre 1997), che al fine dell'individuazione della figura dell'incaricato di pubblico servizio afferma essere “*determinante la natura oggettiva dell'attività considerata, non rilevando che la stessa sia svolta da un soggetto privato. L'apparente tautologia della formula legislativa, che definisce l'incaricato di pubblico servizio con riferimento alla prestazione di un pubblico servizio, può superarsi considerando che la norma richiamata una nozione già presente nell'ordinamento, in modo particolare nell'ambito del diritto amministrativo.*

Assume, quindi, il significato che in questo ramo del diritto è attribuito alla locuzione “*pubblico servizio*”, quale attività considerata come propria della pubblica amministrazione e svolta per il perseguimento di uno specifico interesse pubblico (Cass., Sez. VI, 24 ottobre 1995, Ronchi)”.

(4) Cass., S.U., 25 marzo 2016, n. 6022; principio espresso in riferimento a fattispecie relativa all'affidamento in appalto di un'opera pubblica; le Sezioni unite hanno anche precisato che: “*il suindicato rapporto di servizio sussiste nei confronti tanto del direttore dei lavori quanto del collaudatore, senza che rilevi in contrario la circostanza che le relative funzioni siano state affidate a privati estranei agli uffici tecnici dell'ente stesso, atteso che costoro, in considerazione dei compiti e delle funzioni loro devoluti, comportanti l'esercizio di poteri autoritativi nei confronti dell'appaltatore e l'assunzione della veste di agente dell'amministrazione, devono ritenersi funzionalmente e temporaneamente inseriti nell'apparato organizzativo della P.A. che ha conferito loro l'incarico, quali organi tecnici e straordinari della stessa*”. Cfr. anche Cass., S.U., 16 luglio 2014, n. 16240.

(5) Cass., S.U., 16 marzo 2023, n. 15893.

violazione dei doveri di ufficio, da un soggetto legato all'ente da un rapporto di impiego o servizio anche di fatto; b) alla produzione di un documento patrimoniale, effettivo e valutabile in termini economici, subito dalla pubblica amministrazione; c) al collegamento causale fra condotta antidoverosa e evento dannoso" (6).

Le modifiche normative sopra richiamate, come costantemente interpretate anche dalla giurisprudenza di legittimità, inducono quindi a ritenere che l'attenzione dell'ordinamento si sia oramai spostata da un approccio formale – soggettivo ad uno sostanziale – oggettivo, ovvero che la tutela dei beni/interessi protetti ritenuti più rilevanti (quelli dei quali è posta a presidio la normativa penale o quelli dell'erario) sia incentrata direttamente sul bene da proteggere e non sulla qualifica formale del soggetto agente al quale è ascritta la condotta dannosa. Il bene/interesse protetto deve trovare la migliore protezione e la tutela non deve essere condizionata (e quindi limitata) dalla verifica dell'esistenza di rapporti formali, quanto invece da aspetti sostanziali normativamente e logicamente prossimi alla natura del bene e al tipo di rapporto fra soggetto (ipotizzato come) danneggiante e pubblica amministrazione danneggiata.

È così che la qualifica di incaricato di pubblico servizio (e vieppiù quella di pubblico ufficiale ex art. 357 c.p.) si incentra sull'aspetto oggettivo-funzionale e che il rapporto di servizio si ravvisa ove il soggetto danneggiante [*rectius*: al quale è stata ascritta la condotta dannosa] sia oggettivamente inserito nell'attività funzionalizzata della pubblica amministrazione rispetto alla quale può essere, eventualmente, anche formalmente estraneo.

In riferimento alla pronuncia in commento, è poi opportuno un cenno alla normativa in tema di società partecipate come individuata dal relativo testo unico (d.lgs. 19 agosto 2019, n. 175, Tusp); ciò in quanto la sentenza ha preso in esame la natura giuridica della società che gestisce il Casinò.

Il Tusp, come osservato dalla Corte dei conti, “è intervenuto sulla disciplina delle società a partecipazione pubblica, per un verso, operando il riordino del frammentario corpus normativo regolatore della materia, e per altro, innovando il regime previgente. Ciò in vista del conseguimento di quelle finalità di razionalizzazione e di contenimento della spesa pubblica, che, già previste quali criteri direttivi della legge delega n. 124/2015 (cfr. art. 18), trovano specifica evidenza nel comma 2 dell'art. 1 del citato decreto legislativo” (7).

Il d.lgs. n. 175/2016 all'art. 12 stabilisce l'assoggettamento degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate “alle azioni civili di

responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali” facendo tuttavia salva la giurisdizione della Corte dei conti “per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house” e all'art. 16 individua gli elementi strutturali, statici e dinamici, che una società deve esprimere per poter essere qualificata *in house* (ovvero: assenza di capitali privati, salvo i casi eccezionali di legge, previsione statutaria dello svolgimento di compiti affidati dai soggetti partecipanti pubblici per oltre l'80 per cento del proprio fatturato, e sussistenza del controllo analogo di cui alle lettere “c” e “d” dell'art. 1, c. 1).

Le Sezioni unite della Corte di cassazione da ultimo sono nuovamente intervenute in ordine alla definizione del controllo analogo, affermando che: “l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia (v. sentenza 11 gennaio 2005, C-26/2003, *Stadt Halle*; sentenza 13 ottobre 2005, C-458/2003, *Parking Brixen*) e di legittimità registra una progressiva specificazione della nozione, nel senso di una sua non assoluta e perfetta coincidenza o sovrapposizione (a partire da un dato anche lessicale, posto che <analogo> non è sinonimo di <identico>) con il controllo esercitato dall'ente pubblico sui propri organi ed uffici interni, a favore di una più marcata sua identificazione nella fattispecie di influenza determinante sulle linee strategiche e sulle decisioni fondamentali della società. In particolare, come questa Corte ha già sottolineato, non può essere accolta una nozione di controllo analogo esercitata dall'ente pubblico sulla società in house tale da declassare la società di capitali a mera articolazione interna dell'ente pubblico, del tutto priva di autonomia e sottoposta all'identico potere gerarchico esercitato dall'amministrazione sugli uffici dipendenti. Osta a tale interpretazione la previsione come analogo del controllo, con ciò intendendosi propriamente affermare che tale controllo non è uguale ma semplicemente simile a quello esercitato dall'ente pubblico sui propri servizi gestiti direttamente. Inoltre, una interpretazione del controllo analogo tale per cui la società in house risulti assoggettata ad un potere di direzione gerarchica, indistinguibile da quello esercitato dall'ente pubblico sulle proprie articolazioni interne, appare incompatibile con i principi di autonomia patrimoniale e attribuzione della personalità giuridica che il codice civile riconosce alla società di capitali (Cass., S.U., 8 luglio 2020, n. 14236; 8 febbraio 2023, n. 3869). In altri termini, il controllo analogo non è un controllo assoluto come su un pubblico ufficio né un controllo gerarchico, trattandosi del controllo di un soggetto esterno e rimasto distinto, a ben guardare, da quello controllato. Ne consegue ontologicamente la limitazione dell'obiettivo del controllo alle decisioni fondamentali del soggetto così controllato, ovvero a quelle riconducibili alle linee strategiche e alle più importanti scelte operative, in modo tale quindi da incidere sulla complessiva governance dell'attività della società in house, per tenere in conto e preservare le finalità pubbli-

(6) Cass., S.U., 31 gennaio 2023, n. 2882.

(7) Cfr. Corte conti, Sez. contr. Abruzzo, n. 333/2023 e 6 maggio 2021, n. 183, in questa *Rivista*, 2021, 3, 122; v. anche Sez. contr. reg. Marche n. 6/2019.

che che comunque la permeano (Cass., S.U., 28 giugno 2022, n. 20632)” (8).

È poi opportuno un richiamo all’art. 1, c. 3, Tusp, secondo il quale “*per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*”.

Il Tusp fotografa quindi la società partecipata come un soggetto di diritto privato, pertanto regolato dalle norme civilistiche, con le sole eccezioni delle fattispecie per le quali il medesimo testo unico prevede una specifica disciplina derogatoria.

3. *Osservazioni critiche in ordine alla soluzione adottata dalla Suprema Corte, con specifico riferimento alla rilevanza della natura giuridica della società; ricorrenza della finalità del servizio pubblico nelle mansioni esercitate dal dipendente, indipendentemente dalla natura giuridica della società*

La Suprema Corte accoglie il ricorso proposto dal pubblico ministero.

Il pubblico ministero, per quanto riferito nella pronuncia, focalizza i motivi dell’impugnazione sulla violazione dell’art. 19 d.l. 318/1986 e sulla mancanza, contraddittorietà, manifesta illogicità della motivazione circa la natura giuridica privatistica dell’attività di esercizio del gioco d’azzardo del Casinò di Sanremo ed alla conseguente esclusione della qualifica di incaricato di pubblico servizio, così censurando l’adesione da parte della decisione impugnata all’indirizzo di cui alla S.U. civ., 6 giugno 1994, n. 5492 “*in forza della quale la gestione della casa da gioco, per quanto autorizzata dalla pubblica autorità, presenterebbe le connotazioni tipiche dell’attività di impresa*”.

Orbene, dalla lettura dello statuto, come reso disponibile sul sito istituzionale, si evince che la “Casinò s.p.a.” è società a partecipazione pubblica; essa è a “*partecipazione maggioritaria del Comune di Sanremo*” (cfr. art. 1) e “*titolari delle azioni possono essere, oltre il Comune di Sanremo, soltanto la Provincia di Imperia ed altri enti pubblici localizzati sul territorio della Provincia di Imperia*” (cfr. art. 7).

Non v’è quindi dubbio che la “Casinò s.p.a.” sia società partecipata e che pertanto sia sottoposta alla disciplina di cui al d.lgs. n. 175/2016, con la precisazione di cui all’art. 1, c. 3, sopra richiamato.

Il disposto dell’art. 19 d.l. n. 318/1986, secondo il quale, come già detto, “*le entrate derivanti ai Comuni di Sanremo e Venezia [...] sono considerate ad ogni effetto, fin dalla loro istituzione, entrate di natura pubblicistica, da classificarsi nel bilancio al titolo I, entrate tributarie*” non può condizionare la natura giuridica della società; nemmeno sembra che debba censurarsi – come invece ha ritenuto il Pubblico ministero ricorrente – l’affermazione di Cassazione n. 5492, cit., che riporta la gestione della casa da gioco alla tipica

attività di impresa. Infatti, la pronuncia, pur dopo l’esame del disposto dell’art. 19 d.l. n. 318/1986, afferma che il problema della natura giuridica della società che gestisce il gioco d’azzardo “*non può ricevere, quindi, soluzione diversa da quella che si è precedentemente data avendo presenti la natura imprenditoriale, e per ciò privatistica, della gestione ed i criteri di economicità cui essa è improntata fino al momento in cui, con la periodicità convenuta, si determina l’entrata netta, sottratta, appunto da quel momento, alla disponibilità ed ai discrezionali poteri gestori dell’imprenditore e destinata ad essere versata al comune. Ciò appare aderente anche al tenore testuale della disposizione, la quale, da un lato, indica espressamente le entrate derivanti ai comuni dalla gestione, e non genericamente i proventi di essa, con riferimento, quindi, al momento in cui dette entrate sono da considerare uscite dalla disponibilità del gestore e destinate al comune; dall’altro, si limita a dire che esse sono considerate entrate di natura pubblicistica, senz’affermare che sono ontologicamente tali*” (9).

La qualificazione della società che gestisce una casa da gioco come attività di impresa risulta invece del tutto coerente con le stesse definizioni e la disciplina rinvenibili nel codice civile, secondo le quali “*è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*” (cfr. art. 2082 c.c.) e “*con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l’esercizio in comune di un’attività economica allo scopo di dividerne gli utili*” (cfr. art. 2247 c.c.).

D’altronde, la società partecipata deve per definizione perseguire l’interesse pubblico tanto ciò è vero che a norma dell’art. 4, c. 1, d.lgs. n. 175/2016 “*le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*”.

Ciò significa che la sussistenza della qualità che è presupposto del delitto *ex art. 321 c.p.* prescinde del tutto dalla qualificazione giuridica della società, e si incentra invece, proprio ed esclusivamente, sull’aspetto oggettivo funzionale che oramai, per giurisprudenza costante, connota l’individuazione delle qualifiche di cui agli artt. 357 e 358 c.p.

Di certo la società *in house* è soggetto distinto dall’ente pubblico o dagli enti pubblici partecipanti; il controllo analogo (o, ove partecipata da più enti pubblici, quello *analogo congiunto*) che costituisce uno degli elementi costitutivi della compagine, coerentemente con l’evoluzione della giurisprudenza eurounitaria e di quella nazionale di legittimità, non può identificarsi con un assoggettamento “*ad un potere di di-*

(8) Cass., S.U., 8 gennaio 2024, n. 567.

(9) Cass., S.U., 6 giugno 1994, n. 5492, in questa *Rivista*, 1994, 3, 190.

reazione gerarchica, indistinguibile da quello esercitato dall'ente pubblico sulle proprie articolazioni interne [perché questo sarebbe] incompatibile con i principi di autonomia patrimoniale e attribuzione di personalità giuridica che il codice civile riconosce alla società di capitali. In altri termini, il controllo analogo non è un controllo assoluto come su un pubblico ufficio né un controllo gerarchico, trattandosi di un controllo di un soggetto esterno e rimasto distinto, a ben guardare da quello controllato” (10).

La Corte di cassazione con la sentenza in commento, ad esito della approfondita disamina delle motivazioni del ricorso, lo accoglie ritenendo sussistente in capo all'agente la qualifica di incaricato di pubblico servizio, secondo l'interpretazione oggettivo-funzionale oggi assolutamente prevalente, così ravvisando l'esistenza del *pubblico servizio* nella “*gestione delle entrate rivenienti da un'attività di gioco che, per quanto esercitata dalle società concessionarie per un fine di lucro, vale ad assicurare al bilancio dei Comuni ingenti risorse finanziarie, le quali sono ad ogni effetto tributarie*” e, nell'attività di controllo al fine del contrasto alla ludopatia e alle attività criminali.

Nell'economia della decisione e per le ragioni sopra evidenziate, sembra quindi superfluo il richiamo a una pronuncia oramai non più vicina nel tempo (Cass., S.U., 1 aprile 1999, n. 202) che aveva incluso “*il contratto con il quale l'ente locale attribuisce la gestione della casa da gioco municipale [nella] categoria delle concessioni di pubblico servizio*”, soprattutto laddove si abbia riguardo al fatto che l'art. 1, c. 1-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241 (come introdotto sul punto dall'art. 1 l. 11 febbraio 2005, n. 15 s.m.i.) dispone che: “*la pubblica amministrazione nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”.

Il richiamo, per il fisiologico svolgersi dell'attività amministrativa, alle “*norme di diritto privato*” indica la possibilità che la pubblica amministrazione determini liberamente, unitamente alle altre parti contrattuali, il contenuto del contratto, e che possa altresì concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché diretti a realizzare interessi di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.), e, quindi, a perseguire i fini determinati dalla legge (art. 1, c. 1, l. n. 241/1990); ciò con la diretta conseguenza secondo la quale l'esistenza di un pubblico servizio, nel senso chiarito al punto 3 della sentenza e sopra richiamato, si può realizzare attraverso qualsivoglia strumento contrattuale lecito, e non necessariamente attraverso la concessione.

D'altronde, la stessa Sezione tributaria della Corte di cassazione nel 2011 aveva riaffermato il principio, già espresso da Cass. n. 5492/1994 e n. 2055/1998 secondo il quale la gestione di una casa di gioco, sia che

il comune la eserciti direttamente, sia attraverso un terzo soggetto, costituisce attività di impresa (11).

ANDREA DI RENZO

* * *

(10) Cfr. Cass. n. 567/2024, cit.

(11) Cass., Sezione V, 29 dicembre 2011, n. 29578: “*la gestione di una casa da gioco - sia quando il Comune la eserciti direttamente, sia quando la affidi a terzi in forza di convenzione - rappresenta normalmente attività d'impresa e richiede un'apposita organizzazione di mezzi e di personale, distinta dalla struttura pubblica dell'Ente locale; i proventi di tale attività, anche dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 318 del 1986, art. 19 convertito dalla l. n. 488 del 1986, rappresentano "entrate tributarie" dell'ente locale solo quando, con la periodicità stabilita, vengono versate a questo quale risultato netto della gestione*”.