



*memoranda*  
15243-23

**REPUBBLICA ITALIANA**  
In nome del Popolo Italiano

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
TERZA SEZIONE PENALE

Composta da

Luca Ramacci - Presidente -  
Stefano Corbetta  
Emanuela Gai - Relatore -  
Giuseppe Noviello  
(omissis) Zunica

Sent. n. *476*  
UP - 02/03/2023  
R.G.N. 36074/2022

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sui ricorsi proposti da

(omissis) (omissis) nato a (omissis)  
(omissis) (omissis) nato a (omissis)

avverso la sentenza del 22/11/2021 della Corte d'appello di Lecce

Visti gli atti, il provvedimento impugnato e i ricorsi;  
udita la relazione svolta dal consigliere Emanuela Gai;  
udito il Pubblico ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Raffaele Piccirillo che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio limitatamente alla sostituzione della pena detentiva in pena pecuniaria;  
udito per gli imputati l'Avv. (omissis), che ha concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso.

**RITENUTO IN FATTO**

1. Con sentenza del 22 novembre 2021, la Corte d'appello di Lecce ha parzialmente riformato la sentenza emessa dal Tribunale di Brindisi, in data 15 marzo 2017, che condannava i ricorrenti, previa applicazione della diminuzione per il rito, alla pena di mesi 8 di reclusione ciascuno, riducendo la pena inflitta, come risulta dal dispositivo di sentenza, al solo al (omissis) a mesi 4 di reclusione, previo

*col*

riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, e confermando nel resto la sentenza, in relazione al reato, a ciascuno contestato, di cui all'art. 4, comma 1, 4 *bis*, 4 *ter* della legge n. 401 del 1989, per aver svolto, o comunque favorito, l'attività di accettazione e raccolta di scommesse, anche per via telefonica o telematica, con organizzazione di mezzi e strumenti idonei, per conto dell'operatore straniero (omissis) d, in assenza dell'autorizzazione dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato e della licenza di pubblica sicurezza di cui all'art. 88 T.U.L.P.S.

1.1. La Corte d'appello di Lecce, dopo aver brevemente riassunto i principi regolatori generali in materia di concessioni nel settore del gioco d'azzardo, alla luce degli importanti arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione Europea chiamata a pronunciarsi sul punto nei casi Laezza e Tomassi (C. giust. UE, 28 gennaio 2016, Laezza/Italia C-375/14 e C. giust. UE, 7 aprile 2016, Tomassi e altri/Italia C-210/14), principi recepiti dalla Corte di cassazione nella sentenza Tomassi del 2016 (Sez. 3, n. 43955 del 15/09/2016, dep. 18/10/2016, Rv. 267936 - 01), si è interrogata sull'effettiva antieconomicità della partecipazione della (omissis) (omissis), dunque, sulla natura discriminatoria o meno di quest'ultimo nei confronti della società estera che non aveva partecipato.

Sul punto, il giudice d'appello ha rilevato il mancato assolvimento dell'onere della prova da parte della difesa, chiamata a dimostrare che l'autoesclusione della (omissis) rispondeva a ragioni discriminatorie, allegando la prova del valore del fatturato della società, a fronte del quale valutare – in proporzione – l'eventuale perdita economica derivante dalla cessione a titolo non oneroso dell'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, imposta dal Bando (omissis) come previsto dall'art. 25 dell'allegato al bando.

D'altra parte, si è rilevato come nel caso di specie risultasse accertato che il costo dei beni materiali non gravasse interamente sulla società ma anche sul ricevitore – inferendo, dunque, che l'eventuale cessione di detti beni a titolo gratuito non avrebbe pesato interamente sulla società; ed inoltre che la società (omissis) operasse sul territorio italiano già da diversi anni, accumulando profitti in misura tale da far fronte alle perdite derivanti dall'applicazione delle previsioni del decreto (omissis)

Per le suddette ragioni, il giudice d'appello ha escluso la sussistenza nel caso di specie del carattere di antieconomicità delle clausole contestate.

Ha riconosciuto le circostanze attenuanti generiche a (omissis) (omissis) con riduzione di pena a mesi quattro erroneamente indicata in dispositivo nei confronti di (omissis) (omissis)

94

Nella motivazione della sentenza di appello (pag. 9), il giudice relatore ha evidenziato la presenza di un errore nel dispositivo letto in udienza, che si sostanzia nell'inversione dei nomi degli imputati, risultando così in favore del (omissis) la riduzione di pena, invece che in favore del (omissis) .

2. I ricorrenti hanno proposto ricorso per cassazione avverso tale sentenza, per il tramite dell'Avv. (omissis) , chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi, enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione, come disposto dall'art. 173, comma 1, disp. att., cod. proc. pen.:

2.1. Con il primo motivo di ricorso, la difesa deduce la violazione di cui all'art. 606, comma 1, lett. b) ed e), cod. proc. pen., in relazione all'art. 4, comma 1, 4 *bis* e 4 *ter*, legge n. 401/1989 e agli artt. 49 e 56 TFUE.

Ad avviso del ricorrente, la sentenza impugnata non avrebbe applicato correttamente la legge penale, che doveva essere disapplicata perché in contrasto con gli artt. 49 e 56 TFUE, come interpretati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. La motivazione posta a fondamento della sentenza di condanna non terrebbe conto, infatti, dei principi espressi in materia dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nei casi (omissis) , successivamente recepiti dalla Corte di cassazione.

Con particolare riguardo all'elemento dell'antieconomicità, i ricorrenti affermano di aver prodotto memoria difensiva e quattro pareri (tre dei quali riportati a pag. 44 e segg. del ricorso), ritenendo, tuttavia, che l'onere della prova incombesse sull'accusa, la quale non avrebbe addotto alcun elemento volto a dimostrare l'economicità "virtuale" della partecipazione della società (omissis) alla gara indetta dal Bando (omissis)

2.2. Con il secondo motivo di ricorso, la difesa deduce la violazione di cui all'art. 606, comma 1, lett. b) ed e), cod. proc. pen., in relazione alla ritenuta sussistenza dell'elemento soggettivo del reato.

Ad avviso della difesa, nei confronti degli imputati non potrebbe essere mosso alcun rimprovero, essendosi formato un orientamento giurisprudenziale tendente all'esclusione del reato che avrebbe indotto al convincimento della correttezza della interpretazione normativa nel senso proposto.

Il giudice d'appello non avrebbe tenuto conto di tale circostanza, nonostante quest'ultima fosse stata evidenziata in appello dalla difesa al fine di ottenere, in via subordinata, l'assoluzione del (omissis) per assenza dell'elemento soggettivo.

2.3. Infine, con il terzo motivo di ricorso, la difesa deduce la violazione di cui all'art. 606, comma 1, lett. b) ed e), cod. proc. pen., in relazione al trattamento sanzionatorio.

Si evidenzia la contraddittorietà della motivazione laddove si riconoscono le circostanze attenuanti generiche al | (omissis) riducendo la pena a mesi 4 di reclusione, confermando, d'altra parte, la pena del (omissis) condannandolo, pertanto, al pagamento delle spese, a fronte del dispositivo di sentenza che, invertendo i due imputati, aveva ridotto la pena inflitta al (omissis) a mesi 4 di reclusione, confermando la pena del (omissis) e condannandolo alle spese processuali.

Lamenta, inoltre, la difesa, l'omessa motivazione in relazione alla richiesta di conversione della pena detentiva in pena pecuniaria.

Il difensore, avv. (omissis), ha depositato motivi aggiunti con cui ha insistito nell'accoglimento dei ricorsi.

3. Il Procuratore Generale...

### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

4. Il primo motivo di ricorso non è manifestamente infondato, situazione che comporta il rilievo della prescrizione del reato maturata nelle more del giudizio di legittimità.

La questione di diritto che i ricorrenti pongono con il primo motivo di ricorso, attiene al profilo della valutazione della discriminazione in capo alla società (omissis) e della mancata partecipazione al Bando di gara del 2012, stante il profilo discriminatorio derivante dalla clausola della cessione non onerosa dei beni materiali e immateriali alla scadenza della concessione, di cui all'art. 25 cit. e dunque, alla valutazione dell'antieconomicità circa la partecipazione della (omissis) al predetto bando.

La questione postula la soluzione di un ulteriore quesito giuridico che attiene alla distribuzione dell'onere della prova di fornire elementi circa la dimostrazione dell'antieconomicità, questione su cui vi è una diversa opzione interpretativa nella Corte di legittimità.

5. La corte territoriale (cfr. par. 1.1.) muovendo dall'assunto per cui, in assenza della concessione e della licenza, al fine di escludere la sussistenza del reato, è necessaria «la dimostrazione che l'operatore estero non abbia ottenuto le necessarie concessioni o autorizzazioni a causa di illegittima esclusione dalle gare» (Sez. 3, n. 40865 del 20/09/2012, Maiorana, Rv. 253367-01), ha chiarito che era onere della difesa provare che l'autoesclusione della (omissis) rispondeva a ragioni discriminatorie, a fronte dell'assolvimento dell'onere probatorio, da parte dell'accusa in ordine alla sussistenza degli elementi che integrano il reato, id est l'assenza di autorizzazione dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli in capo all'operatore straniero, nonché l'assenza della licenza di pubblica sicurezza di cui all'art. 88 T.U.L.P.S. in capo ai ricorrenti che aveva posto in essere l'attività illecita descritta dall'art. 4 legge n. 401 del 1989.

209

Secondo la corte territoriale l'onere della prova in ordine all'elemento dell'antieconomicità, idoneo ad escludere il reato in esame, grava sulla difesa. Si tratta di una interpretazione del tutto condivisibile e giuridicamente corretta.

6. La norma di riferimento è l'art. 4 - Esercizio abusivo di attività di giuoco o di scommessa - che, al comma 4 *bis* dispone che «Le sanzioni di cui al presente articolo sono applicate a chiunque, privo di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'articolo 88 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, svolga in Italia qualsiasi attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettate in Italia o all'estero».

L'attività legata alle scommesse lecite è soggetta a concessione rilasciata dalla Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (A.A.M.S.) e, una volta ottenuta tale autorizzazione, deve essere rilasciata la licenza di pubblica sicurezza, di cui all'art. 88 del TULPS, con la conseguenza che il reato di cui all'art. 4 comma 4 bis della legge 13 dicembre 1989, n. 401, (svolgimento di attività organizzata per la accettazione e raccolta anche per via telefonica e telematica di scommesse o per favorire tali condotte) risulta integrato da qualsiasi attività, comunque organizzata, attraverso la quale si eserciti, in assenza di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, art. 88 (testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), una funzione intermediatrice in favore di un gestore di scommesse, a nulla rilevando l'esistenza di abilitazione in capo al gestore stesso (Sez. Un., sent. n. 23271 del 26/04/2004, Corsi, Rv. 227726). Poiché le autorizzazioni di polizia sono rilasciate unicamente al titolare della concessione, eventuali irregolarità commesse nell'ambito della procedura di rilascio di quest'ultime inficerebbe anche quelle volte al rilascio dell'autorizzazione di polizia, la cui mancanza non potrebbe perciò essere addebitata a soggetti che non siano riusciti ad ottenerla per il fatto che rilascia di detta autorizzazione presuppone l'attribuzione di una concessione, di cui detti soggetti non hanno potuto beneficiare in violazione del diritto dell'unione. Ne consegue che, in mancanza della concessione della licenza, per escludere la configurabilità della fattispecie incriminatrice, occorre la dimostrazione che l'operatore estero non abbia potuto ottenere le necessarie concessioni autorizzazioni a causa di illegittima esclusione dalle gare (Sez. 3, n. 40865 del 20/09/2012, Majorana, Rv 253367) per effetto di un comportamento comunque discriminatorio tenuto dallo Stato nazionale nei confronti dell'operatore comunitario.

In questa ipotesi il giudice nazionale, a seguito della vincolante interpretazione data dalle norme del trattato della Corte di giustizia, dovrà disapplicare la normativa interna per contrasto con quella comunitaria e ritenere

af

che non integra reato di cui all'art. 4 cit la raccolta di scommesse, in assenza di licenza, da parte di un soggetto che opera in Italia per conto dell'operatore straniero, la cui concessione sia stata negata per illegittima esclusione dai bandi di gara e la mancata partecipazione a causa della non conformità, nell'interpretazione della Corte di giustizia, del regime concessorio interno con gli articoli 43 e 49 del trattato CE (Sez. 3, n. 14991 del 25/03/2015, Arcieri, Rv 263115; Sez. 3, n. 12335 del 7/01/2014, Ciardo, Rv 259293; Sez. 3, n. 37851 del 04/06/2014, Parrella, Rv 260944; Sez. 3, n. 28413 del 10/07/2012, Cifone, Rv 253241).

Consegue che spetta a colui che invoca la discriminazione operata a suo carico per effetto dell'illegittimo diniego di autorizzazione per mancanza di concessione in capo all'operatore straniero illegittimamente escluso per non conformità dei bandi di gara con il diritto dell'unione. L'onere della prova di dimostrazione degli elementi costitutivi su cui fondare la discriminazione che, se accertata dal giudice nazionale, comporta la disapplicazione della norma interna in contrasto con il diritto dell'unione come interpretato dalla Corte di Giustizia, spetta all'imputato che richiede la disapplicazione della norma per effetto dell'illegittimo diniego di autorizzazione da cui consegue la disapplicazione della norma interna.

L'onere probatorio in capo all'accusa si esaurisce con la prova della condotta materiale e dell'assenza dell'autorizzazione ex art. 88 Tulps in capo a cui che esercita l'attività di raccolta e scommesse, invece, è onere della difesa dimostrare che l'assenza della licenza in realtà dipende dall'assenza in capo al concessionario della concessione per effetto della illegittima esclusione per effetto della non conformità con il diritto dell'unione dei bandi di gara, e, quanto, al profilo qui in rilievo, della mancata partecipazione al Bando (omissis) dipesa dall'antieconomicità della clausola di cui all'art. 25 dello Schema di convenzione.

7. Tenuto conto dell'esegesi della norma incriminatrice e delle considerazioni sopra esposte, il Collegio non ritiene condivisibile quanto affermato da una recente ed isolata pronuncia di Questa Corte, Sez. 4, n. 3975 del 19/01/2021, non massimata, richiamata dai ricorrenti nei ricorsi, secondo cui l'onere della prova dell'antieconomicità della partecipazione al Bando (omissis) spetti alla pubblica accusa, affermazione resa, peraltro, nell'ambito della valutazione del fumus commissi delicti in sede di riesame avverso provvedimento di sequestro preventivo.

8. Ciò premesso, la sentenza impugnata non si espone a censure di ordine logico o giuridico ed è giuridicamente corretta avendo escluso la natura discriminatoria dell'esclusione dalla partecipazione al Bando (omissis) da parte della (omissis) non avendo dimostrato che la mancata partecipazione fosse imputabile all'antieconomicità delle disposizioni del bando in contrasto con il diritto

dell'unione.

Non avendo la difesa allegato il valore del fatturato della (omissis) a fronte del quale valutare l'eventuale perdita economica derivante dalla cessione a titolo gratuito delle attrezzature utilizzate per la raccolta di scommesse, il giudice d'appello, basandosi sugli elementi rinvenuti nel fascicolo, di segno opposto rispetto alla tesi difensiva, è giunto ad escludere il carattere antieconomico della partecipazione della società al bando (omissis)

9. In presenza di indirizzo interpretativo non univoco il motivo di ricorso non appare manifestamente infondato. Il che comporta il rilievo della prescrizione del reato maturata nelle more del giudizio di legittimità, tenuto conto del periodo di sospensione, al

Restano assorbiti gli altri motivi di ricorso.

10. Si impone quindi l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata nei confronti di entrambi gli imputati per essere il reato a loro ascritto estinto per prescrizione.

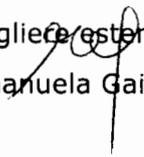
**P.Q.M.**

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata perché il reato ascritto a ciascun ricorrente è estinto per prescrizione.

Così deciso il 02/03/2023

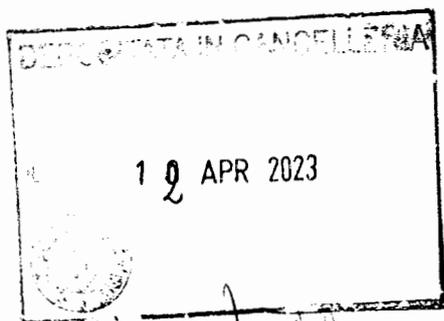
Il Consigliere estensore

Emanuela Gai



Il Presidente

Luca Ramacci



IL FUNZIONARIO CANCELLIERO

Luana [signature]