

Global Constitutionalism

5

Collana diretta da:
Prof. Pasquale Costanzo

Comitato Scientifico:

Prof. Luis Aguiar De Luque (UNIV. CARLOS III, MADRID SP)	Prof. Liborio L. Hierro (UNIV. AUTÓNOMA, MADRID SP)
Prof. Enrique Álvarez Conde (UNIV. REY JUAN CARLOS, MADRID SP)	Prof. Luis Jimena Quesada (UNIV. VALENCIA SP)
Prof. Luiz Alberto David Araujo (UNIV. PONTIFÍCIA DI SAN PAOLO, BR)	Prof. Realino Marra (UNIV. GENOVA IT)
Prof. Arsen Bačić (UNIV. SPALATO, HR)	Prof. Luca Mezzetti (UNIV. BOLOGNA IT)
Prof. Roberto Bin (UNIV. FERRARA IT)	Prof. Lucio Pegoraro (UNIV. BOLOGNA IT)
Prof. Carlos Blanco De Morais (UNIV. LISBONA, PT)	Prof. Otto Pfersmann (EHES, PARIGI FR)
Prof. Laurence Burgorgue-Larsen (UNIV. LA SORBONNE, PARIGI FR)	Prof. Annamaria Poggi (UNIV. TORINO IT)
Prof. Paolo Caretti (UNIV. FIRENZE IT)	Prof. Vincenzo Roppo (UNIV. GENOVA IT)
Prof. Josep Maria Castella Andreu (UNIV. BARCELONA SP)	Prof. Luís Prieto Sanchíz (UNIV. CASTIGLIA- LA MANCIA, SP)
Prof. Pierluigi Chiassoni (UNIV. GENOVA IT)	Prof. Arnold Rainer (UNIV. REGENSBURG, GER)
Prof. Paolo Comanducci (UNIV. GENOVA IT)	Prof. Roberto Romboli (UNIV. PISA IT)
Prof. Pasquale Costanzo (UNIV. GENOVA IT)	Prof. Antonio Ruggeri (UNIV. MESSINA IT)
Prof. Thierry Di Manno (UNIV. TOLONE FR)	Prof. Marco Ruotolo (UNIV. ROMA 3 IT)
Prof. Victor Ferreres Comella (UNIV. POMPEU FABRA, BARCELONA SP)	Prof. Fernando Facury Scaff (UNIV. SAN PAOLO BR)
Prof. Giovanni A. Figueroa Mejía (UNIV. AUTÓNOMA DE NAYARIT, MX)	Prof. Guillaupé Tusseau (SCIENCES PO, PARIGI FR)
Prof. Adriano Giovannelli (UNIV. GENOVA IT)	Prof. Gina Vidal Marcílio Pompeu (UNIV. FORTALEZA BR)
Prof. Riccardo Guastini (UNIV. GENOVA IT)	

Giochi e scommesse sotto la lente del giurista

a cura di Pasquale Costanzo



è il marchio editoriale dell'Università degli Studi di Genova



Il presente volume è stato sottoposto a double blinded peer-review secondo i criteri stabiliti dal protocollo UPI.

© 2021 GUP

I contenuti del presente volume sono pubblicati con la licenza
Creative commons 4.0 International Attribution-NonCommercial-ShareAlike.



Alcuni diritti sono riservati.

Realizzazione Editoriale

GENOVA UNIVERSITY PRESS

Via Balbi, 6 - 16126 Genova

Tel. 010 20951558 - Fax 010 20951552

e-mail: gup@unige.it

<http://gup.unige.it>

ISBN: 978-88-3618-055-4 (versione stampa)

ISBN: 978-88-3618-056-1 (versione eBook)

Pubblicato febbraio 2021



Stampato presso il
Centro Stampa
Università degli Studi di Genova - Via Balbi 5, 16126 Genova
e-mail: centrostampa@unige.it

SOMMARIO

<i>Presentazione</i>	pag. XI
VINCENZO ROPPO <i>Prefazione</i>	XII
1 ROSSELLA LAURENDI Ludere in pecuniam aut virtutis causa. <i>Parametri sociali e criteri della rilevanza giuridica dei ludi in diritto romano: fra giochi da tavolo e spettacoli di massa.</i> 1	1
2 ANDREA FUSARO <i>La nozione civilistica di alea</i>	12
3 MAURO GRONDONA <i>Debiti di gioco e questioni restitutorie</i>	26
4 FABIO LA ROSA - FRANCESCA BERNINI <i>Gioco d'azzardo, crisi economica e performance aziendale</i>	46
5 CHIARA CELLERINO <i>Spunti recenti in tema di giochi e scommesse sul tavolo della Corte di giustizia</i>	82
6 ROBERTA BRACCIA <i>Il legislatore italiano e i giochi di borsa nell'Italia liberale</i>	97
7 ALESSIA MISTRETTA - THEA ROMANÒ - MICHELE SIRI <i>Investire non è un gioco: dal trading online ai pirati delle piattaforme finanziarie</i>	110
8 ALBERTO MARCHESELLI - LUCA COSTANZO* <i>L'imposizione sulla "fortuna" tra Fisco etico e "tributo giusto". In particolare, l'imposizione sul gioco d'azzardo.</i>	127
9 OMAR CARAMASCHI <i>Concorsi pronostici e scommesse: il finanziamento dello sport dalla nascita del Totocalcio ad oggi</i>	147

10	PIERA MARIA VIPIANA - MATTEO TIMO <i>I regimi amministrativi del gioco lecito</i>	162
11	FRANCESCA BAILO <i>I Casinò "tradizionali" in Italia</i>	176
12	PATRIZIA MAGARÒ <i>I casinò terrestri nei sistemi statali di regolamentazione del gioco d'azzardo</i>	189
13	CHIARA GRAZIANI <i>Giochi e scommesse online: profili pubblicitari</i>	222
14	GIOVANNA SAVORANI <i>Pubblicità del gioco d'azzardo</i>	232
15	VINCENZO SCIARABBA <i>Le misure comunali di contrasto "totale" al gioco d'azzardo</i>	253
16	SIMONE FREGA <i>Fasce orarie di divieto di esercizio delle sale scommesse e delle sale videolottery</i>	302
17	MAURA FORTUNATI <i>Il gioco d'azzardo nella codificazione penale italiana dell'Ottocento</i>	313
18	ANTONELLA MADEO <i>Diritto penale e rischio consentito nel gioco d'azzardo</i>	327
19	ALBERTO CASELLI LAPESCHI <i>I profili processuali dei reati in tema di "giochi e scommesse"</i>	339
20	VILMA BUTTOLO <i>La prospettiva trifocale del Servizio Sociale Professionale</i>	351

ANTONELLA MADEO

DIRITTO PENALE E RISCHIO CONSENTITO NEL GIOCO D'AZZARDO

SOMMARIO: 1. Il rischio, essenza del gioco d'azzardo – 2. L'offensività del gioco d'azzardo e la mancanza di una *ratio* giustificatrice – 3. La disciplina del gioco d'azzardo nell'ordinamento italiano: i reati di gioco d'azzardo – 4. *Segue*. La liceità condizionata dei giochi d'azzardo

1. *Il rischio, essenza del gioco d'azzardo*

Quando mi è stato proposto di partecipare ad uno studio su giochi e scommesse, per trattarne un profilo penale, ho immediatamente pensato all'essenza del gioco/scommessa: il rischio. Azzardo, infatti, deriva dal francese *hasard*¹, ossia rischio.

Nell'approccio a questo concetto viene subito in evidenza un dato: la letteratura ne offre numerose definizioni, tutte aventi una base comune, ovvero l'idea di incertezza di eventi futuri², oltre a specificità differenti in ordine alla misura e alle cause dell'incertezza, nonché alla natura e alle cause degli eventi. Ciò dipende dal fatto che esso può essere esaminato da più punti di vista - psicologico, giuridico, economico, matematico, sociologico – e ogni prospettiva enfatizza certi aspetti rispetto ad altri, con la conseguenza di dare origine a definizioni parzialmente diverse³.

L'incertezza – nucleo basilico del rischio – può concernere “se l'evento accadrà”, “quale evento potrebbe accadere” e “di che entità l'evento potrebbe essere”. Se riflettiamo sugli accadimenti della realtà, una considerazione è immediata: rispetto ad alcuni eventi siamo in grado di spiegare il decorso causale e quindi di dare una risposta precisa alle domande sopra citate; rispetto a moltissimi altri,

¹Andando indietro nel tempo, la parola azzardo è associata a quella araba *az-zabr*, dado.

²L'economista italiano ULISSE GOBBI, a cavallo tra l'Ottocento e il Novecento (il suo scritto *L'assicurazione in generale* è stato pubblicato per la prima volta nel 1898 e in seconda edizione nel 1937), affermava che tra la certezza della necessità e la certezza dell'impossibilità esiste il campo estesissimo dell'incertezza se un dato evento si verificherà o no (*L'assicurazione in generale*, 2^a ed., Roma, 1937, 14). Nello stesso periodo l'economista americano FRANK KNIGHT definiva il rischio un'incertezza misurabile (*Risk, uncertainty and profit*, Chicago, 1921, 233). Per una compiuta analisi delle definizioni di rischio e incertezza si rinvia a A. BORGHESI, *La gestione dei rischi di azienda. Economia e organizzazione, teoria e pratica*, Padova, 1985, 27 ss.

³In tal senso, N. MISANI, *Introduzione al risk management*, Milano, 1994, 3.

tuttavia, non sappiamo individuarne tutti i fattori determinanti o agevolatori e le loro interconnessioni, cosicché ci è impossibile dare una risposta sicura alle suddette domande.

Viene, quindi, spontaneo chiedersi il perché della verifica di alcuni eventi abbiamo certezza, mentre di molti no.

A tale interrogativo, nel tempo, l'uomo ha cercato di dare una risposta. Secondo il determinismo di Laplace, gli eventi attuali hanno con i precedenti una connessione basata sull'assioma che qualcosa non può iniziare a essere senza una causa che lo produce⁴. Detto in altri termini, gli avvenimenti naturali si susseguono in base a un ordinato rapporto causale di tipo necessario⁵: «noi dobbiamo riguardare il presente stato dell'universo come l'effetto del suo stato precedente e come la causa di quello che seguirà»⁶. Secondo tale concezione, gli eventi sono accadimenti nello spazio e nel tempo, soggetti a leggi valide in sé, indipendentemente dall'uomo che le ha scoperte: le leggi naturali rappresentano la spiegazione oggettiva della natura. L'uomo è osservatore della realtà, intesa quale entità ontologica distinta, che egli può conoscere o ignorare.

Dato che la mente non è in grado di conoscere tutte le forze che animano la natura, l'uomo ha incertezza di molti eventi⁷, rispetto ai quali può solo prevedere la possibilità di verifica⁸.

La realtà per l'uomo è costituita da ciò che vede, osserva, conosce, ma empiricamente essa, nella sua mutevolezza e contingenza, è fatta anche di "accidenti", di eventi imprevedibili alla mente umana, in quanto poco frequenti o privi di collegamenti con fattori noti.

L'incertezza in ordine alla verifica di un evento, quindi, può derivare

⁴ P.S. DE LAPLACE, *Essai philosophique sur les probabilités*, Parigi, 1814, 2. L'assioma, in realtà, era già utilizzato nel Seicento da Cartesio quale principio del razionalismo, di cui egli è considerato il fondatore.

⁵ Il determinismo, originariamente teorizzato per spiegare solo gli eventi naturali, è stato poi esteso anche ai comportamenti umani.

⁶ L'affermazione, nota per racchiudere il principio del determinismo, è espressa dal matematico e filosofo francese P.S. DE LAPLACE, nel suo *Essai philosophique sur les probabilités* (cit., 2): «*nous devons donc envisager l'état présent de l'univers, comme l'effet de son état antérieur, et comme la cause de celui qui va suivre*».

⁷ «Ammessi per un istante che una mente possa tener conto di tutte le forze che animano la natura, assieme alla rispettiva situazione degli esseri che la compongono, se tale mente fosse sufficientemente vasta da poter sottoporre questi dati ad analisi, essa abbraccerebbe nella stessa formula i moti dei corpi più grandi dell'universo assieme a quelli degli atomi più leggeri. Per essa niente sarebbe incerto ed il futuro, così come il passato, sarebbe presente ai suoi occhi» (P.S. LAPLACE, *Essai philosophique sur les probabilités*, cit., 2).

⁸ Risale all'illuminismo l'elaborazione delle prime teorie sulla probabilità da parte di illustri matematici europei, come lo svizzero Jacob Bernouilli, il francese De Moivre, l'inglese Bayes (noto per aver elaborato la legge dei grandi numeri), il francese Laplace. Per un approfondito e dettagliato *excursus* storico delle teorie della probabilità, si rinvia a P.L. BERNSTEIN, *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*, New York, 1996, 116 ss.

dall'incompleta conoscenza dei fattori causali, soprattutto quando questi siano per l'uomo accidentali, casuali.

Eventi casuali sono proprio quelli la cui verifica sfugge a una spiegazione razionale e la cui prevedibilità può essere correlata alla probabilità astratta, ricavabile dalle conoscenze aprioristiche di una data situazione, oppure alla probabilità concreta derivante dagli accadimenti concreti, dalle esperienze, quindi dalla conoscenza *a posteriori*. Il gioco d'azzardo rientra nella prima categoria.

Per comprenderlo, prendiamo ad esempio un classico gioco, la *roulette*. Le informazioni certe di cui l'uomo dispone *a priori* sono che la ruota ha 37 caselle – 18 nere, 18 rosse e 1 verde (lo zero) – ma tali conoscenze non hanno alcuna influenza sul risultato del lancio della pallina. Ciò in quanto ogni lancio è a sé stante, non ha alcuna connessione col precedente⁹, né una dinamica spiegabile in base alle conoscenze sopra citate, per cui non è possibile prevedere il risultato del lancio successivo, se non in termini di possibilità. Questa può essere valutata in astratto, ossia in base alla distribuzione quantitativa delle caselle sulla ruota (metodo statistico), ricavandosi la probabilità del 49.5% che la pallina cada su una casella rossa, del 49.5% su una nera e dell'1% sulla casella verde dello zero. A ogni lancio la pallina ha tale probabilità quantitativa di cadere su una rossa o nera: la percentuale non varia in base al numero di tiri, perché ogni lancio è indipendente dall'altro, non ha col precedente alcuna connessione causale. La persona razionale sa che il gioco si basa sulla probabilità astratta e che, quindi, sia che giochi una mano, sia che ne giochi dieci o cinquanta, avrà ogni volta la medesima probabilità di vincita o di perdita. Il giocatore d'azzardo, invece, molte volte è convinto che il grado di prevedibilità di un certo risultato dipenda dalla frequenza concreta con cui la pallina cade su una casella rossa o nera, affidandosi così a un giudizio di probabilità concreta, secondo il quale questa aumenterebbe con l'aumentare dei tiri¹⁰. Da qui deriva l'accanimento a continuare a giocare, anche quando l'accumulo di perdite porterebbe una persona ragionevole a desistere.

2. *L'offensività del gioco d'azzardo e la mancanza di una ratio giustificatrice*

L'accanimento e l'assuefazione possono portare il giocatore a perdere consapevolezza della realtà, a non considerare che ogni gettone perso equivale a perdita di denaro, che può, puntata dopo puntata, diventare anche elevata. Il gioco d'az-

⁹ In tal senso, P.L. BERNSTEIN, *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*, cit., 121 ss.

¹⁰ Si tratta di una convinzione basata sull'erronea e distorta applicazione della legge dei grandi numeri di JACOB BERNOULLI, in base alla quale all'aumentare del numero delle prove di una variabile casuale e indipendente, il valore della frequenza tende al valore teorico della probabilità.

zardo è contraddistinto, infatti, dall'onerosità: ogni mano, partita o tiro ha un costo, che si trasforma in profitto in caso di vincita o alternativamente in depauperamento.

Quando si ha mancanza di consapevolezza del valore del denaro e si gioca per un impulso irrefrenabile, che prescinde dal desiderio di arricchimento, si verifica una condizione di dipendenza, oggi riconosciuta dal DSM-V¹¹ come disturbo del comportamento, tecnicamente indicato come “gioco d'azzardo patologico” (GAP) e comunemente chiamato “ludopatia”.

Ciò significa che il gioco d'azzardo costituisce un pericolo non solo per il patrimonio, ma anche per un bene giuridico di primaria importanza e di rilievo costituzionale, la salute (art. 32 cost.), nonché per altri tre interessi costituzionalmente garantiti alla persona: la dignità umana, la libertà e la sicurezza. L'art. 41 Cost., infatti, nel tutelare l'iniziativa economica privata, impone la condizione che questa non si ponga «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Sotto il profilo economico, il gioco contrasta con l'art. 47 Cost, che incoraggia e tutela il risparmio. Inoltre, essendo contraddistinto dal fatto che l'arricchimento, in caso di vincita, e il depauperamento, in caso di perdita, sono dovuti soltanto al caso, alla fortuna e non allo svolgimento di un'attività lavorativa, il gioco d'azzardo contrasta con il principio sancito all'art. 1 Cost., in base al quale l'Italia è fondata sul lavoro, nonché con l'art. 4 cost. che impone ai cittadini il dovere di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.

Il gioco d'azzardo pone anche in pericolo l'ordine pubblico in quanto, essendo un diffuso fenomeno sociale che comporta la circolazione di ingenti somme di denaro, attira le organizzazioni criminali ad utilizzarlo come strumento di riciclaggio di quello proveniente dalle proprie attività illecite, mediante la costituzione di imprese “pulite” per l'esercizio autorizzato di giochi e scommesse. Inoltre, incentiva un'altra pratica criminosa, l'usura, in quanto i giocatori patologici, pur di non smettere, accettano prestiti con interessi usurari. Per tutti questi effetti offensivi estesi e penetranti nel tessuto sociale, il gioco è definibile una piaga sociale.

L'economicità, la totale incontrollabilità, il rischio per beni costituzionalmente garantiti e il pericolo per l'ordine pubblico sono caratteri che, coniugati, dovrebbero indurre il legislatore a porre un divieto assoluto del gioco d'azzardo. È vero che nel nostro ordinamento molte attività umane¹², pur rischiose per interessi giuridici fondamentali come la salute e l'incolumità pubblica, sono, ciò nonostante, consentite, ma questo accade in ragione della loro utilità sociale¹³ e

¹¹ *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5)*, a cura dell'*American Psychiatric Association*.

¹² Basti pensare all'attività medica, edilizia, aeronautica e aerospaziale, all'industria chimica e petrolchimica, per citarne alcune.

¹³ È il concetto di *Erlaubtes Risiko* (rischio consentito), notoriamente frutto di un'elaborazione della

purché siano svolte alle condizioni e nei modi normativamente stabiliti, volti a contenerne la pericolosità entro limiti ritenuti tollerabili in base a un bilanciamento degli interessi contrapposti.

Le caratteristiche che contraddistinguono dette attività - l'utilità sociale e la possibilità di contenere il rischio entro determinati limiti - non si rinvengono, invece, nei giochi d'azzardo e nelle scommesse. L'utilità sociale potrebbe individuarsi nella finalità di intrattenimento, di svago, di divertimento e di sviluppo delle facoltà fisiche e mentali, ma è oscurata da un fine remunerativo di natura economica, la cui concretizzazione dipende esclusivamente dal caso, dalla fortuna e la cui alternativa è rappresentata da un depauperamento. La totale aleatorietà dell'arricchimento o della perdita economica rende il rischio per il patrimonio non dominabile né contenibile entro limiti tollerabili e questo a sua volta, come detto, può provocare un pericolo per la salute mentale, per la libertà e la capacità di autodeterminazione del giocatore, che è spinto al gioco o alla scommessa da un impulso incontrollabile. Nessuna regola, condizione o limite può rendere il rischio di perdita economica prevedibile e controllabile nella misura, né contenere l'impulso al gioco del soggetto, né prevenire la dipendenza patologica. Ne deriva che i giochi e le scommesse hanno una pericolosità superiore qualitativamente e quantitativamente all'utilità ludica.

3. La disciplina del gioco d'azzardo nell'ordinamento italiano: i reati di gioco d'azzardo

Da quanto sopra evidenziato, dovrebbe conseguire, in un bilanciamento degli interessi contrapposti, l'imposizione del divieto assoluto di giochi e scommesse e, se guardiamo alle disposizioni del codice penale, il nostro ordinamento appare aver fatto questa scelta nel 1930.

Il codice penale, nel Libro III, Titolo I, Capo II, Sezione I, relativo alle contravvenzioni di polizia amministrativa dei costumi, punisce, infatti, agli artt. 718 e 720¹⁴, rispettivamente chi tiene – ossia gestisce, organizza – giochi d'azzardo o ne agevola la realizzazione in un luogo pubblico, all'aperto o in un circolo

dottrina tedesca e italiana: per una sua analisi, si rinvia a C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 6 ss.

¹⁴ Per approfondimenti sui reati di gioco d'azzardo si rinvia a M.A. MANNO, *Giochi, scommesse e responsabilità penale*, Milano, 2008; S. BELTRANI, *La disciplina penale dei giochi e delle scommesse*, Milano, 1999; L. MAZZA, voce *Giuochi d'azzardo e proibiti nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, 411 ss.; D. RANUCCI, voce *Gioco d'azzardo e giuochi vietati (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, 1 ss.; G. PIOLETTI, voce *Giuochi vietati*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 69 ss.; G. SABATINI, *Le contravvenzioni nel codice penale vigente*, Milano, 1961, 487 ss.; M. CONTENTO, voce *Giuochi d'azzardo*, in *Enc. Forense*, vol. III, Milano, 1958, 959 ss.

privato; e chi semplicemente partecipa al gioco nei suddetti luoghi. Il legislatore considera intollerabile il gioco finalizzato a un lucro interamente o quasi interamente aleatorio, come si evince dall'art. 721 c.p. che qualifica d'azzardo il gioco in cui «ricorre il fine di lucro e la vincita o la perdita è interamente o quasi interamente aleatoria».

La *ratio* dell'incriminazione è tradizionalmente individuata, in ragione della collocazione tra le contravvenzioni contro la morale dei costumi, nell'immoralità sociale, ossia nel fatto che il gioco d'azzardo è un'attività eticamente ed economicamente dannosa sia per chi la pratica, sia per le famiglie e per la società¹⁵: in altre parole, l'immoralità che i suddetti reati esprimono non è un riprovevole atteggiamento interno alla persona, bensì un fatto che esce dall'intima sfera personale ed è suscettivo di cagionare danno o pericolo a soggetti diversi dall'agente¹⁶.

Peraltro, la natura contravvenzionale, unita alla previsione di pene irrisorie, che possono beneficiare della sospensione condizionale e, in un caso, anche dell'oblazione¹⁷, rende questi reati scarsamente deterrenti, nonché ineffettivi. Ciò soprattutto se si considera, come si è poc'anzi evidenziato, che il gioco d'azzardo può provocare una dipendenza patologica, ossia un disturbo comportamentale e implica, di conseguenza, anche un pericolo per la salute e la libertà di autodeterminazione del giocatore.

Dovrebbero, quindi, considerarsi reati plurioffensivi ed essere puniti in modo maggiormente deterrente e in forma delittuale.

4. Segue. *La liceità condizionata dei giochi d'azzardo*

Poco dopo l'entrata in vigore del codice Rocco, il legislatore ha cambiato strategia, passando dalla politica del divieto assoluto – seppure non assistito da adeguati strumenti volti a garantirne l'osservanza – a quella della liceità condizionata.

L'art. 1 del d.lgs. 14 aprile 1948, n. 496, infatti, stabilisce che «l'organizzazione e l'esercizio di giuochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato». Quindi i giochi e le

¹⁵ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. X, 5^a ed. aggiornata da P. NUVOLONE e G. D. PISAPIA, Milano, 1986, 958.

¹⁶ A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Le contravvenzioni*, vol. XI, Torino, 2012, 427 ss.

¹⁷ Sono contravvenzioni punite in misura lieve. L'esercizio del gioco d'azzardo, sanzionato con l'arresto da tre mesi a un anno unito a un'ammenda non inferiore a euro 206, pur non potendo beneficiare dell'oblazione, è pena sospensibile. La partecipazione al gioco, essendo punita con l'arresto fino a sei mesi in alternativa all'ammenda fino a euro 516, può invece anche beneficiare dell'oblazione.

scommesse sono leciti nei limiti di una riserva statale, che copre sia la disciplina, sia l'esercizio: lo Stato, oltre ad essere l'unico soggetto istituzionalmente deputato a regolamentarla, è anche l'unico a organizzarne e gestirne l'esercizio, operando in regime di monopolio, che esclude le imprese private.

Anche se la disposizione fa riferimento a "giochi di abilità", mentre la caratteristica del gioco d'azzardo è la prevalenza dell'aleatorietà della vincita o della perdita sull'abilità del giocatore¹⁸, di fatto lo Stato si è avvalso, sempre di più nel tempo, della riserva statale per introdurre veri e propri giochi d'azzardo e non di abilità. Tenuto conto che essi sono istituiti con legge ordinaria, prevalgono sul divieto penale codicistico in base al principio *lex posterior derogat priori*.

Per alcuni giochi lo Stato organizza e gestisce direttamente l'attività – fino al 2008 tramite l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, successivamente tramite l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli – come ad esempio il lotto, esercitato nelle forme e nei modi previsti dalla l. 2 agosto 1982, n. 528¹⁹.

Per l'esercizio dei giochi e per la raccolta delle scommesse si avvale, tramite lo strumento della concessione²⁰, di enti pubblici o di privati: è pertanto esclusa la libertà di iniziativa economica. Trattasi di concessione "non esclusiva", che mira alla valorizzazione del principio concorrenziale tanto in sede di assegnazione del servizio, quanto nel concreto esercizio dell'attività, che vede la presenza nel settore di più concessionari²¹.

Solo per citarne alcuni tra i più comuni²², l'art. 6 del suddetto d.lgs. n. 496/1948 riserva al CONI e all'UNIRE l'organizzazione e l'esercizio dei concorsi pronostici legati alle manifestazioni sportive (Totocalcio, Totip e Totogol), i quali a loro volta si avvalgono, per la raccolta delle scommesse, di imprese private (ricevitorie), previo rilascio a queste di autorizzazione amministrativa, subordinata alla soddisfazione di una serie di requisiti.

Al Ministero delle Finanze è concessa l'organizzazione delle sale da bingo²³, sotto il controllo dello Stato (Agenzia per i giochi), il cui esercizio è demandato,

¹⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 13.3.2003, n. 20261, in *Ced Cass.*, 2003, rv 225280; Cass. pen., Sez. III, 27.9.2002, n. 36063, in *Ced Cass.*, 2002, rv 222560; Cass. pen., Sez. III, 30.9.2002, n. 38054, in *Ced Cass.*, 2002, rv 222559.

¹⁹ Tale legge ribadisce la disciplina monopolistica in precedenza stabilita dal r.d. l. 19 ottobre 1938, n. 1933. Le modalità di riscossione dei pagamenti da parte dei concessionari del gioco, nonché le regole per l'estrazione sono invece disciplinate dal d.p.r. 16 settembre 1996, n. 560.

²⁰ Si tratta del modello di concessione traslativa di servizi pubblici con cui si conferisce ai privati non già la titolarità bensì l'esercizio del servizio dei giochi sotto il controllo dello Stato.

²¹ G. PEPE G., *La regolamentazione del gioco d'azzardo in una prospettiva comparata*, in *Comparazione e Diritto civile* (www.comparazioneDirittocivile.it), gennaio 2019, 4

²² Il panorama attuale di giochi pronostici e d'azzardo è vastissimo, avendone il legislatore introdotto molteplici nuove tipologie dagli anni Novanta del secolo scorso ad oggi, in quanto costituiscono un gettito fiscale di notevole entità per le casse erariali dello Stato.

²³ Le sale da bingo sono state istituite con la l. 13 maggio 1999, n. 133.

sempre mediante autorizzazione, ad imprese private che soddisfino le condizioni e le modalità di esercizio stabilite dalla legge e dai decreti ministeriali.

Per le case da gioco, sale da biliardo, per la pratica dei giochi, nonché per gli esercizi, compresi circoli e associazioni privati, in cui si intendano installare apparecchi da gioco²⁴ il r.d. 18 giugno 1931, n. 773, recante il Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (TULPS), prevede che essi possono essere gestiti previa concessione amministrativa rilasciata un tempo dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, oggi dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, nonché autorizzazione amministrativa di polizia della Questura territorialmente competente. La concessione è rilasciata ai privati a condizione che soddisfino i requisiti richiesti dall'art. 110 del r.d. n. 773/1931, riguardanti in modo particolare gli apparecchi installati, i quali sono leciti se certificati in ragione del bilanciamento dell'elemento dell'aleatorietà con quelli dell'abilità del giocatore e dei meccanismi di funzionamento. L'autorizzazione, rilasciata dal questore, stabilisce ulteriori condizioni e divieti specifici.

Nel considerare leciti i giochi e le scommesse istituiti, disciplinati e gestiti – direttamente o indirettamente – dallo Stato, l'ordinamento negli ultimi anni ha introdotto nuove forme di tutela per i consociati, in particolare per il contrasto della dipendenza. Non poteva, infatti, essere ignorato o trascurato il dato che, in coincidenza con l'inizio della crisi economica a cavallo tra il 2008 e il 2009 e con il proliferare di nuovi giochi pronostici, è aumentato il fenomeno sociale della dipendenza da gioco patologico. Nella popolazione, soprattutto nei ceti meno abbienti, si è diffusa la convinzione di trovare una possibile e facilmente realizzabile fonte di reddito nella pratica di giochi e scommesse poco dispendiosi, come le *slot machines* e i c.d. biglietti “gratta e vinci”, nella quale si è ravvisata così l'occasione di un riscatto economico e sociale. Questa convinzione, più è forte, più comporta il rischio di determinare un'attrazione indomabile verso il gioco e la dipendenza da esso, con danno per la salute mentale oltre che, nella maggior parte dei casi, del patrimonio.

La diffusione, particolarmente elevata in Italia, del disturbo da gioco patologico ha indotto il nostro legislatore ad adottare una serie di provvedimenti, volti a prevenire la dipendenza, oltre a contrastare i fenomeni criminosi dell'usura e del riciclaggio del denaro proveniente da attività illecite. Interventi regolatori riguardanti sia le modalità di offerta dei giochi da parte degli esercenti, sia i contenuti e le modalità della loro pubblicità.

Il primo rilevante e organico provvedimento volto a regolamentare il gioco d'azzardo sotto il profilo del rischio per la salute è la l. 8 novembre 2012, n. 189 (di conversione, con modif., del d.l. 13 settembre 1992, n. 158: c.d. decreto Balduzzi), che ha introdotto una serie di restrizioni ai giochi d'azzardo e giochi

²⁴ *Slot machines e videolotteries.*

pronostici in funzione di prevenzione della dipendenza patologica, alcune a protezione di tutti i consociati, altre, ancora più penetranti, a favore dei minori, in quanto fascia particolarmente vulnerabile e sensibile alla suggestione del gioco.

A tutela di questi ultimi viene posto il divieto assoluto di inserire messaggi pubblicitari concernenti il gioco, prima, durante e dopo trasmissioni televisive o radiofoniche e rappresentazioni teatrali o cinematografiche rivolte ai minori, nonché nella stampa a questi destinata²⁵. Inoltre, il divieto di consentire la partecipazione ai giochi pubblici con vincita in denaro ai minori di anni diciotto, introdotto dall'art. 24 della l. 15 luglio 2011, n. 111 (di conversione, con modif., d.l. 6 luglio 2011, n. 98), viene ribadito ed esteso a tutte le aree in cui sia esercitato il gioco o siano presenti apparecchi da gioco, con imposizione agli esercenti dell'obbligo di richiedere ai clienti l'esibizione di un documento di identità per accertare l'età.

A tutela di tutti i consociati sono stabiliti contenuti che i messaggi pubblicitari nei suddetti mass media devono o non devono avere: in particolare, non devono incitare il gioco o esaltarne la pratica, né prevedere la presenza di minori; devono contenere formule di avvertimento sul rischio di dipendenza dalla pratica del gioco²⁶, nonché indicare la percentuale di probabilità (astratta) di vincita²⁷. Tali contenuti devono essere riportati anche nelle schedine o nei tagliandi dei giochi-scommesse, nonché, tramite cartelli o targhe *ad hoc*, in tutte le aree, punti vendita, sale in cui siano installati videotermini per le scommesse o apparecchi da gioco o dove si esercita come attività principale l'offerta di scommesse su eventi sportivi e non sportivi²⁸.

Le restrizioni in ordine alle modalità di offerta al pubblico e di pubblicità di giochi e scommesse sono ulteriormente potenziate dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208, c.d. legge di stabilità del 2016 (art. 1, commi 937-946)²⁹, in coordinamento

²⁵ Art. 7, comma 4, l. n. 189/2012.

²⁶ Art. 7, comma 4, l. n. 189/2012.

²⁷ Art. 7, comma 4-bis, l. n. 189/2012.

²⁸ Art. 7, comma 5, l. n. 189/2012.

²⁹ In particolare, l'art. 1, comma 937 vieta la pubblicità che incoraggi il gioco eccessivo o incontrollato; che neghi che il gioco possa comportare dei rischi; che ometta di rendere esplicite le modalità e le condizioni per la fruizione di incentivi o *bonus*; che presenti o suggerisca che il gioco sia un modo per risolvere problemi finanziari o personali, ovvero che costituisca una fonte di guadagno o di sostentamento alternativa al lavoro, piuttosto che una semplice forma di intrattenimento e di divertimento; che induca a ritenere che l'esperienza, la competenza o l'abilità del giocatore permetta di ridurre o eliminare l'incertezza della vincita o consenta di vincere sistematicamente; che si rivolga o faccia riferimento, anche indiretto, ai minori e rappresenti questi ultimi, ovvero soggetti che appaiano evidentemente tali, intenti al gioco; che utilizzi segni, disegni, personaggi e persone, direttamente e primariamente legati ai minori, che possano generare un diretto interesse su di loro; che induca a ritenere che il gioco contribuisca ad accrescere la propria autostima, considerazione sociale e successo interpersonale; che rappresenti l'astensione dal gioco come un valore negativo; che induca a confondere la facilità del gioco con la facilità della vincita; che contenga dichiarazioni infondate sulla possibilità di vincita o sul rendimento che i giocatori possono aspettarsi di ottenere dal gioco; che faccia riferimento a servizi di credito al consumo immediatamente utilizzabili ai fini del gioco.

con quelle previste dal decreto Balduzzi e in conformità ai principi e agli obiettivi euro-unitari fissati dalla Raccomandazione 2014/478/UE della Commissione europea del 14 luglio 2014³⁰. La legge di stabilità introduce un ulteriore strumento di prevenzione della dipendenza dal gioco, consistente nelle campagne di informazione e sensibilizzazione sui fattori di rischio per la salute connessi al gioco d'azzardo, finalizzate ad aumentarne la consapevolezza, promosse dal Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell'istruzione, soprattutto nelle scuole, per tutelare i minori in quanto fascia sociale particolarmente debole ed esposta al pericolo di attrazione indomabile al gioco. Inoltre, istituisce il Fondo per il contrasto al gioco d'azzardo patologico, alimentato con i proventi delle sanzioni amministrative pecuniarie derivati dalle violazioni dei divieti in materia di giochi, e volto a finanziare attività di prevenzione e cura della dipendenza dal gioco.

I dati preoccupanti emersi dal monitoraggio sulle dipendenze da gioco d'azzardo nel territorio italiano, condotto dall'Osservatorio per il contrasto della diffusione del gioco d'azzardo e il fenomeno della dipendenza grave³¹, hanno indotto il legislatore ad adottare una strategia di prevenzione più drastica, con il d.l. 12 luglio 2018, n. 87, c.d. decreto dignità (conv., con modif., nella l. 9 agosto 2018, n. 96). Nel Capo III, intitolato "Misure per il contrasto del disturbo da gioco d'azzardo" (artt. 9 – 9-*quinquies*), infatti, è stabilito il divieto assoluto di pubblicità in qualsiasi forma, in qualsiasi contesto (anche all'interno di eventi sportivi e non), in relazione a qualsiasi tipo di gioco³²; nonché l'obbligo di esibizione della tessera sanitaria per accedere ai giochi *online*, in modo da escludere con certezza la minore età dell'utente³³.

La violazione delle sopra citate disposizioni di legge concernenti l'esercizio dei giochi, l'installazione degli apparecchi per il gioco, e la pubblicità di questi, dà

³⁰ La Raccomandazione è volta a migliorare la tutela dei giocatori, nonché dei minori e a evitare che questi ultimi abbiano accesso in particolare al gioco d'azzardo *on-line*. Inoltre, mira a garantire che il gioco d'azzardo resti una fonte d'intrattenimento, che l'ambiente di gioco sia sicuro e che siano previste misure per far fronte al rischio di danni finanziari o sociali.

³¹ L'Osservatorio, istituito dall'art. 1, comma 133, della l. 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015), è un organismo consultivo del Ministero della Salute volto a monitorare la dipendenza dal gioco d'azzardo e l'efficacia delle azioni di cura e di prevenzione intraprese, nonché a valutare le misure più efficaci per contrastare la diffusione del gioco d'azzardo e il fenomeno della dipendenza grave e ad aggiornare, sulla base delle evidenze scientifiche, le linee di azione per garantire le prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette dal gioco d'azzardo patologico (GAP).

³² Ai sensi dell'art. 9, l. n. 96/2018 «è vietata qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro, nonché al gioco d'azzardo, comunque effettuata e su qualunque mezzo, incluse le manifestazioni sportive, culturali o artistiche, le trasmissioni televisive o radiofoniche, la stampa quotidiana e periodica, le pubblicazioni in genere, le affissioni e i canali informatici, digitali e telematici, compresi i social media».

³³ Art. 9-*quater*, l. n. 96/2018.

origine a illeciti amministrativi, sanzionati, di regola, con aspre sanzioni pecuniarie, e comporta, in alcuni casi, anche sanzioni “riparative”, come ad esempio l'imposizione di effettuare una pubblicità di contenuto contrario a quella realizzata illecitamente, nonché, nei casi più gravi e di reiterazione di violazioni, la chiusura per un periodo di tempo dell'esercizio. La severità edittale di dette sanzioni le rende idonee a svolgere un'efficace funzione deterrente; inoltre, la destinazione di quelle pecuniarie al Fondo per il contrasto al gioco d'azzardo patologico agevola il servizio pubblico sanitario di prevenzione e di cura. Quindi, costituiscono uno strumento decisamente più efficace, rispetto alle due contravvenzioni previste dal codice penale, per contrastare il gioco d'azzardo illecito.

Peraltro, il legislatore, in contraddizione con questa politica di prevenzione e repressione, ha introdotto anche regole che appaiono incentivanti il gioco d'azzardo. Esempio in tal senso la già citata legge di stabilità 2016 che, se da una parte introduce le sopra descritte restrizioni sulla pubblicità e le campagne di informazione e sensibilizzazione sui rischi di dipendenza, dall'altra prevede un aumento del prelievo fiscale, nonché la semplificazione del processo di certificazione dei sistemi del gioco al fine espresso «di incrementare il corrispondente gettito erariale»³⁴. La politica di incremento della tassazione dei giochi prosegue con la l. 21 giugno 2017, n. 96 (di conversione, con modif., del d.l. 24 aprile 2017, n. 50), che ha ulteriormente aumentato il prelievo erariale unico sulle somme giocate o di ritenuta sulle vincite in relazione alle *slot machines* e ad alcune tipologie di giochi.

Complessivamente la strategia adottata dal legislatore è analoga a quella relativa a un altro settore sottoposto a monopolio statale, quello della vendita dei tabacchi, e in parte anche a quello della vendita di alcolici e superalcolici.

Dato che questi beni di consumo possono creare dipendenza e anche altre patologie³⁵, la legge ne vieta la vendita ai minori. A tutela di tutti i consumatori, inoltre, vieta la pubblicità, impone l'apposizione sulle confezioni di formule di avvertimento circa i possibili effetti dannosi sulla salute, nonché restrizioni sulle modalità di offerta al consumo³⁶, e la divulgazione di informazioni sui rischi di dipendenza e di altre patologie che fumo e alcool provocano.

Diversamente, nei confronti delle sostanze stupefacenti e psicotrope, il legislatore sceglie una politica più rigida, imponendo il divieto di produzione e di immissione in circolazione in qualsiasi forma, salva autorizzazione, la quale viene

³⁴ Art. 1, comma 942, l. n. 208/2015.

³⁵ L'abuso di alcool può provocare in particolare patologie epatiche, come la cirrosi; l'abuso di fumo da tabacco può provocare il cancro ai polmoni.

³⁶ Le sostanze alcoliche non possono essere vendute nei negozi nella fascia oraria dalle 24 alle 6 e non possono essere somministrate dai pubblici esercizi, circoli privati e in spazi e aree pubblici nella fascia oraria dalle 3 alle 6 (d.l. agosto 2007, n. 117, conv., con modif., nella l. 2 ottobre 2007, n. 160). Il fumo è vietato nei locali pubblici e aperti al pubblico.

rilasciata solo quando dette sostanze siano destinate a fini terapeutici e con stringenti limiti e condizioni volte a controllarne l'effettiva finalità.

Viene spontaneo chiedersi quale sia la *ratio* della differenza di regolamentazione, da un lato, della produzione e circolazione degli stupefacenti, dall'altro dell'immissione in commercio delle sostanze alcoliche e dei tabacchi, nonché dell'offerta dei giochi d'azzardo e dei giochi pronostici. Difficile ravvisarla, dal momento che sono tutti prodotti nocivi per la salute, che creano, in caso di uso prolungato, dipendenza e altre possibili patologie; effetti quindi negativi, oltretutto non bilanciati da adeguati effetti benefici o da utilità sociale.

Il legislatore nei loro confronti aveva tre opzioni: dare l'assoluta prevalenza alla libertà di autodeterminazione dei consociati e consentire la libera circolazione delle suddette sostanze e servizi; bilanciare la libertà di autodeterminazione dei consociati con l'interesse dello Stato a tutelare la salute dei medesimi, intesa come interesse collettivo, *ex art. 32 cost.*, consentendo l'immissione in circolazione con una serie di limiti, accortezze e modalità volti a prevenire l'uso eccessivo, e salvo il divieto nei confronti dei minori in ragione della loro non ancora del tutto sviluppata capacità di autodeterminazione, ossia di discernimento e di controllo degli impulsi; infine, dare prevalenza assoluta alla salute come interesse fondamentale della collettività, vietando senza eccezioni l'immissione in circolazione.

Il legislatore ha scelto la strada intermedia e astrattamente verrebbe da dividerla, dato che *in medio stat virtus*. Nel caso dei giochi d'azzardo, così come in quello dei tabacchi, tuttavia, tenuto conto che la vendita costituisce un'ingente fonte di gettito fiscale per l'erario, la scelta non appare condivisibile. Ciò in quanto essa è dettata dall'esigenza di bilanciare l'interesse statale alla tutela della salute dei consociati non realmente con la libertà di autodeterminazione di questi, bensì con l'interesse statale a conseguire notevoli entrate economiche, giustificate dalla destinazione a servizi e opere di pubblico interesse. Ne deriva che il nucleo socialmente utile del gioco d'azzardo, ravvisabile nel divertimento, nello svago, in ragione del quale il legislatore dovrebbe consentirlo, pur regolamentandolo per limitarne i rischi per la salute dei giocatori, per l'ordine pubblico e per la sicurezza, in realtà non costituisce la *ratio* della normativa che lo rende lecito, bensì il "paravento" dietro il quale si cela – neanche troppo – l'interesse dello Stato ad acquisire rilevanti entrate economiche.

Una scelta, insomma, di dubbia legittimità costituzionale, che dovrebbe portare il legislatore a rivedere la disciplina dei giochi d'azzardo.