

**Direttore scientifico**  
Giuseppe Cassano

**Comitato scientifico**

Michele Ainis  
Maria A. Astone  
Alberto M. Benedetti  
Giovanni Bruno  
Alberto Cadoppi  
Michele Caianiello  
Stefano Canestrari  
Giovanni Capo  
Andrea Carinci  
Antonio Catricalà  
Sergio Chiarloni  
Renato Clarizia  
Alfonso Celotto  
Giovanni Comandè  
Claudio Consolo  
Giuseppe Corasaniti  
Pasquale Costanzo  
Enrico Del Prato  
Astolfo Di Amato  
Ugo Draetta  
Francesco Di Ciommo  
Giovanni Duni  
Valeria Falce  
Francesco Fimmano  
Giusella Finocchiaro  
Carlo Focarelli  
Giorgio Floridia  
Vincenzo Franceschelli  
Massimo Franzoni  
Tommaso E. Frosini  
Cesare Galli  
Alberto M. Gambino  
Lucilla Gatt  
Aurelio Gentili  
Andrea Guaccero  
Bruno Inzitari  
Luigi Kalb  
Luca Lupária  
Vittorio Manes  
Adelmo Manna  
Arturo Maresca  
Ludovico Mazzaroli  
Raffaella Messinetti  
Pier Giuseppe Monateri  
Mario Morcellini  
Nicola Palazzolo  
Giovanni Pascuzzi  
Roberto Pessi  
Lorenzo Picotti  
Nicola Pisani  
Francesco Pizzetti  
Dianora Poletti  
Giovanni Sartor  
Filippo Satta  
Paola Severino  
Pietro Sirena  
Antonello Soro  
Giorgio Spangher  
Paolo Stella Richter  
Luigi Carlo Ubertazzi  
Romano Vaccarella  
Daniela Valentino  
Giovanni Ziccardi  
Andrea Zoppini

# Diritto di **INTERNET**

## Digital Copyright e Data Protection

RIVISTA TRIMESTRALE

**2020**



- **Eccezioni e limitazioni relative ai diritti d'autore ed ai diritti sui dati personali**
- **La responsabilità oggettiva di amazon per danni provocati da prodotti difettosi**
- **Natura "perdurante" per gli illeciti amministrativi in materia di protezione dei dati personali**
- **Scommesse a evento concluso, c.d. "a palinsesto aperto", e nullità del contratto**
- **Social network e diritto all'ascolto dei (grandi) minori**
- **Rimozione globale vs. blocco geografico paneuropeo di post diffamatori su facebook**
- **Violenza sessuale via whats app**
- **Creazione di un falso profilo facebook a scopo diffamatorio**
- **Utilizzazione in altri procedimenti dei risultati di intercettazioni eseguite mediante captatore informatico**
- **Malfunzionamenti delle piattaforme telematiche di negoziazione**
- **Diffusione COVID-19: il trade-off tra contact tracing e trattamento dei dati personali degli individui**
- **L'accertamento dei reati attraverso l'analisi di tabulati telefonici**

## SOMMARIO

## ■ SAGGI

LE ECCEZIONI E LIMITAZIONI RELATIVE AI DIRITTI D'AUTORE ED AI DIRITTI SUI DATI PERSONALI <i>di Raffaele Servanzi</i>	569
ECONOMIA DIGITALE, SIGNIFICATIVA PRESENZA ECONOMICA E TASSAZIONE <i>di Francesca Stradini</i>	579

## ■ GIURISPRUDENZA

## COMPARATA

LA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA DI AMAZON PER DANNI PROVOCATI DA PRODOTTI DIFETTOSI: ASPETTI PROBLEMATICI DELLA RESPONSABILITÀ DEI MARKETPLACE NEL CASO <i>BOLGER</i> <i>Court of Appeal; Fourth Appellate District, Division One, State of California; sentenza 13 agosto 2020</i>	587
<i>commento di Raffaella Nigro</i>	589
<i>commento di Giovanna Capilli</i>	603

## CIVILE

NATURA "PERDURANTE" E TERMINE DI CONTESTAZIONE DISCREZIONALE PER GLI ILLECITI AMMINISTRATIVI IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI <i>Corte di Cassazione; sezione II civile; ordinanza 3 settembre 2020, n. 18288</i>	613
<i>commento di Andrea Monti</i>	614
IL RISARCIMENTO DEL DANNO A SEGUITO DELL'ILLECITO TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI: UN NUOVO IMPULSO DAL REG. UE 27 APRILE 2016 N. 679? <i>Corte di Cassazione; sezione VI civile; ordinanza 20 agosto 2020, n. 17383</i>	619
<i>commento di Alberto Avitabile</i>	620
DIRITTO ALL'OBLIO E DEINDICIZZAZIONE: FONDAMENTI GIURIDICI E RISARCIBILITÀ DEL DANNO <i>Corte d'appello di Milano; sezione II civile; 15 maggio 2020, n. 1106</i>	627
<i>commento di Carmen Iorio</i>	632
LA NULLITÀ DEL CONTRATTO NELLA PARTICOLARE IPOTESI DELLE SCOMMESSE A EVENTO CONCLUSO, C.D. "A PALINSESTO APERTO" <i>Tribunale di Palermo; sezione III; sentenza 5 agosto 2020, n. 2509</i>	641
<i>commento di Giuseppe Cassano</i>	643
I SOCIAL NETWORK E IL DIRITTO ALL'ASCOLTO DEI (GRANDI) MINORI <i>Tribunale di Chieti; rito civile collegiale; sentenza 21 luglio 2020, n. 403</i>	651
<i>commento di Simona Ghionzoli</i>	652
SULL'EFFICACIA PROBATORIA DELLA POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA (PEC). UN FALSO MITO? <i>Tribunale di Roma; sezione III lavoro; sentenza 18 giugno 2020</i>	659
<i>commento di Sara Garsia e Vincenzo Giunta</i>	661
LE COLONNE D'ERCOLE DEL DIRITTO ALL'ONORE: RIMOZIONE GLOBALE VS. BLOCCO GEOGRAFICO PANEUROPEO DI POST DIFFAMATORI SU FACEBOOK <i>Tribunale di Milano; sezione prima civile; ordinanza 17 giugno 2020</i>	673
<i>commento di Marcello Stella</i>	677

**PENALE**

LA VIOLENZA SESSUALE VIA WHATS APP

*Corte di Cassazione; sezione III penale; sentenza 8 settembre 2020, n. 25266*

683

commento di Lorenzo Picotti

685

LA NATURA (IR) RIPETIBILE DELL'ATTIVITÀ D'INDAGINE SUL REPERTO DIGITALE

*Corte di Cassazione; sezione V penale; sentenza 23 luglio 2020, n. 22066*

691

commento di Vincenzo Gramuglia

692

PROFILI PENALI DELLA CREAZIONE DI UN FALSO PROFILO FACEBOOK A SCOPO DIFFAMATORIO

*Corte di Cassazione; sezione V penale; sentenza 23 luglio 2020, n. 22049*

701

commento di Chiara Crescioli

703

IL REATO DI FRODE INFORMATICA ED IL RAPPORTO CON L'ART. 55, COMMA 9, DEL D.LGS. N. 231 DEL 2007.

DALL'ANAMNESI AGLI ELEMENTI DISCRETIVI, ALLA LUCE DEL RAPPORTO DI SPECIALITÀ

*Corte di Cassazione; sezione II penale; sentenza 1° luglio 2020, n. 21831*

709

commento di Concetta Guerra e Pasquale D'Anello

711

L'UTILIZZAZIONE IN ALTRI PROCEDIMENTI DEI RISULTATI DI INTERCETTAZIONI ESEGUITE MEDIANTE CAPTATORE INFORMATICO TRA SEZIONI UNITE E NOVELLE

*Corte di Cassazione; sezione VI penale; sentenza 22 maggio 2020, n. 15724*

715

commento di Biagio Monzillo

716

**AMMINISTRATIVA**

MALFUNZIONAMENTI DELLE PIATTAFORME TELEMATICHE DI NEGOZIAZIONE: RIMEDI E RESPONSABILITÀ

*Consiglio di Stato; sezione III; sentenza 29 luglio 2020, n. 4811*

723

commento di Elio Guarnaccia

727

DINAMICA PROCEDIMENTALE E STRUMENTI DELLE GARE DI APPALTO TELEMATICHE

*Consiglio di Stato; sezione III; sentenza 28 luglio 2020, n. 4795*

733

commento di Andrea Sterlicchio De Carli

736

**PRASSI**

DIFFUSIONE COVID-19: IL TRADE-OFF TRA CONTACT TRACING E TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI DEGLI INDIVIDUI

di Alessia del Pizzo e Fabrizio Corona

741

L'ACCERTAMENTO DEI REATI ATTRAVERSO L'ANALISI DI TABULATI TELEFONICI

di Donato Eugenio Caccavella e Michele Ferrazzano

751

# La nullità del contratto nella particolare ipotesi delle scommesse a evento concluso, c.d. “a palinsesto aperto”

TRIBUNALE DI PALERMO; sezione III; sentenza 5 agosto 2020, n. 2509; Giud. Giuseppa Caraccia

*La scommessa è un contratto aleatorio in quanto caratterizzato dall'incertezza circa il vantaggio o svantaggio economico che sarà conseguito, atteso che nel momento in cui il contratto è concluso né lo scommettitore né l'agenzia di scommesse sono a conoscenza del risultato dell'evento.*

*Ai fini della validità del contratto di scommessa occorre la sussistenza di vantaggi e oneri proporzionali che gravino sinallagmaticamente su entrambe le parti e che l'aleatorietà venga valutata al momento della conclusione del contratto.*

...Omissis...

## Motivi della decisione

Preliminarmente, va dato atto del verificarsi della condizione di procedibilità di cui all'art. 3, comma 1, del D.L. n. 132/14 conv. in L. n. 162/14, stante l'avvio del procedimento di negoziazione assistita nei confronti delle società convenute (cfr. documentazione depositata dall'attore il 03/03/2017).

In punto di diritto, va evidenziato che è principio giurisprudenziale consolidato quello secondo cui (cfr. Cass. civ. 20/01/2015 n. 826 e Cass. civ. sez. un. 30/10/2001 n. 13533) il creditore che deduce l'inadempimento da parte del debitore deve dimostrare, secondo i criteri di distribuzione dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., il fatto costitutivo del credito, mentre al debitore convenuto spetta la prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa o di una sua parte.

Conseguentemente, il primo è tenuto a fornire la prova dell'esistenza del rapporto o del titolo dal quale deriva il suo diritto, mentre incombe sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento delle proprie obbligazioni.

Ciò posto, va rilevato che la domanda prospettata dall'attore va ricondotta nell'ambito della fattispecie contrattuale della scommessa che costituisce un contratto concluso tra due soggetti in forza del quale lo scommettitore punta una determinata somma sul risultato di un evento, non ancora disputato, quindi incerto, e l'agenzia di scommesse (ovvero la concessionaria del servizio di gioco e scommessa) si impegna a restituirgli tale somma, maggiorata di una percentuale previamente indicata, nel caso in cui, disputato l'evento, il risultato corrisponda a quello su cui il primo ha scommesso.

La scommessa, dunque, è un contratto aleatorio in quanto caratterizzato dall'incertezza circa il vantaggio o

svantaggio economico che sarà conseguito, atteso che nel momento in cui il contratto è concluso né lo scommettitore né l'agenzia di scommesse sono a conoscenza del risultato dell'evento.

Ed infatti, la sua causa è rappresentata dall'alea che riguarda entrambe le parti e che consiste nella possibilità per il concessionario di trattenere il costo della giocata ovvero, viceversa, per lo scommettitore nella possibilità della vincita di una somma percentualmente maggiore della posta giocata, a seconda dell'esito dell'evento che, nella fattispecie, era una partita di calcio.

Pertanto, ai fini della validità del detto contratto, occorre la sussistenza di vantaggi e oneri proporzionali che gravino sinallagmaticamente su entrambe le parti e che l'aleatorietà venga valutata al momento della conclusione del contratto.

È principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità quello secondo cui: “Il contratto è aleatorio qualora, già al momento della sua conclusione, l'alea sia, per legge o per volontà delle parti, elemento essenziale del sinallagma” (cfr. Cass. 28.02.2013 n. 5050).

In altre parole, “nel contratto aleatorio è incerto - al momento della stipulazione - il rapporto fra il sacrificio e il vantaggio derivante dal negozio” (cfr. Cass. 30/8/2004 n. 17399).

Ciò detto, la domanda proposta dal Omissis non può essere accolta.

Nel caso di specie, al momento in cui sono state effettuate le giocate mancava l'alea ovvero l'incertezza circa l'entità del vantaggio e, correlativamente, della perdita di ciascun contraente nella quale si concretizza l'alea, cioè il rischio del contratto aleatorio deve essere obiettivo e dipendere dal verificarsi o meno di un evento futuro dedotto quale fonte dell'alea, in caso contrario il contratto deve considerarsi nullo.

Invero, in data 9-10/12/2015, l'attore ha dedotto di avere effettuato, vincendole, cinque scommesse, aventi ad oggetto alcuni eventi calcistici del "Campeonato Invierno Banco Popular 2015" svoltosi in Costa Rica, presso il centro gestito dalla società No Zù Filippo che ha emesso i relativi biglietti; in particolare:

biglietto DD07DF0C0A16FE4DA005, dell'importo di € 99,00, giocato in data 9/12/2015 alle ore 23:58:36; biglietto DD07DF0C0A16FE4DBC05, dell'importo € 99,00, giocato in data 9/12/2015 alle ore 23:59:56; biglietto DD07DF0C0A16FE4CEF02, dell'importo di € 50,00, giocato in data 10/12/2015 alle ore 00:04:14; biglietto DD07DF0C0A16FE4A0601, dell'importo di € 50,00, giocato in data 10/12/2015 alle ore 00:04:19 e biglietto DD07DF0C0A16FE541A03, dell'importo di € 50,00, giocato in data 10/12/2015, alle ore 00:05:59; per una vincita complessiva pari ad € 23.229,36 (cfr. documentazione prodotta dall'attore il 27/07/2016).

La società Omissis ha documentato (cfr. Comunicazione del 7/12/2015 sul sito Ufficiale UNAFUT Calcio Costa Rica doc. n. 3) che le partite di calcio della giornata n. 22 del "Campeonato di Inverno Banco Popular 2015" sono iniziate alle ore 3:00 p.m. del giorno 9/12/2015 corrispondenti alle ore 22:00 in Italia, considerato che l'ora italiana si trova in avanti di sette ore rispetto a quella costaricana.

Trattandosi di partite di calcio, la cui durata dei tempi regolamentari è di circa 90 minuti ed ai quali devono sommarsi i 15 minuti di intervallo, le partite dovevano concludersi alle ore 23:45 ma, se si tiene conto del fatto che generalmente viene disposto qualche minuto di recupero, può affermarsi che le stesse non si sono protratte di certo oltre le ore 23:58 (ora della prima scommessa) del 09/12/2015, fuso orario italiano.

Anche il teste escusso nel corso del giudizio, sig. Omissis, il quale ha riferito: "...si trattava di giocate effettuate quando già la partite erano state giocate e concluse; conosco la circostanza in quanto sono il responsabile di prodotto delle scommesse sportive per Omissis ed esaminando le scommesse piazzate sull'evento riguardante il giorno 9-10 dicembre 2015, ho constatato che le partite erano iniziate e concluse prima del piazzamento delle giocate effettuate dal sig. Omissis, tra gli altri. Il sistema di Omissis per un disguido non ha registrato la variazione oraria degli eventi sportivi, le partite sono iniziate alle 22:00 ora italiana. La Omissis non ha ricevuto la comunicazione dello spostamento di orario delle partite ma lo abbiamo appreso e verificato successivamente; quindi il centro scommesse ha continuato ad accettare le giocate" (cfr. verbale di udienza 04/04/2019).

Pertanto, allorché l'attore, nella notte del 9 e 10 dicembre 2015, tra le ore 23:58:36 e le ore 00:05:59, ha scommesso sugli incontri di calcio, questi erano stati già disputati ed i relativi risultati erano già noti e facilmente

reperibili tramite internet, di modo che non vi era alcun profilo di alea o rischio, elemento casuale del contratto di scommessa.

Né assume rilievo la generica contestazione effettuata da parte attrice circa il documento prodotto da Omissis attestante l'inizio dell'evento sportivo, essendo essa priva dei connotati di chiarezza e precisione.

Infatti, l'attore ha contestato che "...i documenti, scaricati da Internet (all. 3 e 4 della comparsa Omissis, non già documenti ufficiali, pertanto tali produzioni documentali non sono idonee a provare alcunchè..." (cfr. pag 2 memoria ex art. 183, sesto comma, n. 1 c.p.c.).

In tema di non contestazione, occorre ricordare innanzitutto che "L'onere di contestazione concerne le sole allegazioni in punto di fatto della controparte e non anche i documenti da essa prodotti, rispetto ai quali vi è soltanto l'onere di eventuale disconoscimento, nei casi e modi di cui all'art. 214 c.p.c. o di proporre - ove occorra - querela di falso, restando in ogni momento la loro significatività o valenza probatoria oggetto di discussione tra le parti e suscettibile di autonoma valutazione da parte del giudice" (cfr. Cass. 06/04/2016 n. 6606 e Cass. 21/06/2016 n. 12748).

In ogni caso, va rilevato che l'attore non ha mai contestato che l'inizio dell'incontro calcistico in questione, come si evince dalla predetta documentazione e confermato dal teste, sia stato anticipato ed abbia avuto luogo alle ore 22:00 ma si è limitato a sostenere soltanto che Omissis non ha provato l'orario di conclusione dell'evento.

Pertanto, applicando i consolidati principi su cui si fonda il disposto di cui all'art. 115 c.p.c. (cfr. Cass. 29/04/2020 n. 8376) parte attrice non ha offerto alcuna prova contraria alla prospettazione di Omissis, idonea a dimostrare un diverso orario di inizio e termine della partita di calcio in questione, prova, questa, di agevole reperimento (anche mediante una semplice ricerca sul web) ed incombente a suo carico.

L'attore ha sostenuto, ancora, che le sue argomentazioni risulterebbero avvalorate e supportate dalla pronuncia del Tribunale di Benevento (prodotta da Omissis) nella quale si afferma che le partite di calcio hanno avuto inizio alle 23:00 ora italiana. Questi, però, omette di dire che nella sentenza viene affermato: "Parte resistente ha documentato che tali incontri sono iniziati alle ore 3 p.m. del giorno 9/12/2015 corrispondenti alle ore 23 in Italia...". Appare evidente che l'indicazione delle ore "23:00" (invece che 22:00) in Italia è frutto di un refuso se si considera che l'ora italiana si trova in avanti di sette ore rispetto a quella costaricana.

Così stando le cose, può ritenersi provato che nel momento in cui il Omissis ha effettuato le giocate, l'incontro di calcio su cui egli è andato a scommettere era già stato disputato ed il relativo risultato era già noto e,

dunque, non sussisteva alcun profilo di rischio od incertezza integrante l'elemento casuale del contratto di scommessa.

Alla luce delle superiori considerazioni, pertanto, va dichiarata l'eccepita nullità dei contratti di scommessa per difetto di causa e la domanda attrice di condanna al pagamento della somma di € 23.229,36 quale vincita di gioco, oltre al risarcimento del danno contrattuale, non può che essere rigettata.

Va accolta, invece, la domanda di restituzione della posta giocata tenuto conto di quanto dispone l'art. 7 del DM n. 111/2006, che disciplina le scommesse a quota fissa su eventi sportivi, il quale statuisce espressamente che: "Il partecipante ha diritto al rimborso...c) relativamente alle scommesse su avvenimenti sportivi, in caso

di mancata chiusura dell'accettazione delle scommesse per l'anticipazione dell'orario di inizio degli avvenimenti oggetto di scommessa".

Il mancato accoglimento delle richieste di parte attrice determina l'assorbimento delle ulteriori domande ed eccezioni.

In ultimo, si reputano sussistenti i presupposti di cui all'art. 92, secondo comma, c.p.c., per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite nei rapporti tra tutte le parti, considerato che Omissis con il proprio comportamento negligente non ha precluso la possibilità di effettuare scommesse su eventi già disputati e tenuto conto dell'accoglimento della domanda subordinata avanzata dall'attore.

...Omissis...

## IL COMMENTO

di Giuseppe Cassano

**Sommario:** 1. L'intervento del Tribunale di Palermo. - 2. Scommesse a "palinsesto aperto". - 3. Raccolta a distanza delle scommesse. - 4. Contratto aleatorio. - 5. Contratto di scommessa. - 6. Gioco on line. - 7. La posizione della giurisprudenza di merito. - 8. Il piano delle conseguenze. - 9. Condanna alle spese e lite temeraria

Il presente contributo affronta l'innovativo settore del gioco on line avuto particolare riguardo alla fattispecie del contratto di scommessa a "palinsesto aperto" e alle numerose conseguenze pratico-operative da questa poste all'attenzione dell'interprete.

Nel raffrontare detti argomenti con tematiche più tradizionali (quali la nullità del contratto e il contratto aleatorio secondo le disposizioni del codice civile) l'Autore analizza la decisione in commento ponendo l'accento sulla fase patologica del contratto di scommessa on line, anche avuto riguardo alla normativa di settore.

Il filo conduttore dell'argomentare è dato dalle conseguenze civilistiche con alcune interessanti riflessioni di ordine processuale.

*This contribution addresses the innovative online gaming sector with particular regard to the case of the "open schedule" betting contract and the numerous practical-operational consequences that this brings to the attention of the interpreter.*

*In comparing these arguments with more traditional issues (such as the nullity of the contract and the random contract according to the provisions of the civil code), the Author analyzes the decision in question, emphasizing the pathological phase of the online betting contract, also having regard to the sector regulations.*

*The main theme of the argument is given by the civil consequences with some interesting reflections of a procedural nature.*

### 1. L'intervento del Tribunale di Palermo

Il Tribunale di Palermo con il suo recente intervento pone all'attenzione dell'interprete il tema della rilevanza giuridica delle scommesse cd. a "palinsesto aperto" (1). L'attore avendo effettuato cinque scommesse, rilevatesi vincenti, su alcuni eventi calcistici del <<Campionato Inverno Banco Popular 2015>>, svoltosi in Costa Rica, chiedeva la condanna del concessionario al pagamento delle somme vinte.

Quest'ultimo, nell'opporsi a tale richiesta, evidenziava come le puntate erano state effettuate su eventi sportivi già conclusi, così ponendosi la nullità del contratto di scommessa.

Il Tribunale, da parte sua, focalizza il suo argomentare su alcuni aspetti fondamentali, e precisamente:

- sulla scommessa quale contratto aleatorio,
- sull'alea, quale causa di detto contratto, che deve riguardare entrambe le parti,
- sulla necessità, ai fini della validità del contratto de quo, che sussistano vantaggi e oneri proporzionali che gravino sinallagmaticamente su entrambe le parti;
- sulla valutazione dell'alea al momento della conclusione del contratto.

(1) In materia di vedano anche: Trib. Nola, sez. I, ord. 4 luglio 2020 - Giud. G. Astarita; Trib. Napoli Nord., sez. II, 14 luglio 2020, n. 1562 - Giud. L. D'Angiolella; App. Trieste, sez. I, 22 luglio 2020, n. 333 - Pres. G. De Rosa; Rel. L. Cavallino.

## 2. Scommesse a “palinsesto aperto”

La materia in esame rappresenta un formidabile laboratorio di esegesi delle fonti in cui ai temi tradizionali (della natura giuridica della scommessa, dell'alea e della nullità del contratto) si affiancano quelli, più moderni, legati allo sviluppo, e al diffondersi senza freni, delle nuove tecnologie informatiche e dell'internet.

Se invero, oggi come ieri, il contratto di scommessa presenta i medesimi elementi costitutivi (su cui a breve ci si soffermerà) è vero anche che una scommessa effettuata on-line pone all'operatore del diritto tematiche fino a pochi anni fa impensabili.

È bene precisare da subito che una scommessa può dirsi a “palinsesto aperto” quando lo scommettitore, nel momento in cui effettua la sua giocata, è consapevole del risultato finale dell'evento (su cui scommette) per essersi questo ormai concluso ovvero già verificato.

Nel contesto delle scommesse può accadere che su di un evento (solitamente sportivo) svoltosi in zone del modo in cui si abbia un differente fuso orario, e già concluso, siano raccolte le scommesse in conseguenza, da un lato, di un atteggiamento sicuramente non corretto dello scommettitore e, dall'altro, di un malfunzionamento del sistema informatico (che cioè raccoglie/permite di raccogliere scommesse che non avrebbe dovuto accettare).

Allo stesso modo può accadere che si scommetta su eventi già conclusi o su esiti già verificati, e perciò a esiti già noti e con vincita sicura, sfruttando abilmente il momentaneo mancato aggiornamento del sistema in uso al concessionario.

Prima di approfondire il tema delle sorti di tali scommesse sono necessarie alcune considerazioni di carattere generale su un settore in forte crescita quale è quello del gioco e delle scommesse.

## 3. Raccolta a distanza delle scommesse

Un moderno approccio al fenomeno del “gioco” e della “scommessa”, che superi le oramai datate teorie del contratto illecito (2), impone di sottolineare l'evidente favor del Legislatore verso questo settore sia pure attraverso una disciplina – certamente indispensabile – atta a ricondurlo entro i confini della legalità.

Il quadro normativo di riferimento (3), invero, lascia emergere come – sia in ambito nazionale, che in ambito europeo – non esista un disfavore nei confronti del set-

tore gioco e scommesse purché non sfugga al controllo statale e non si infetti delle infiltrazioni criminali (4).

La giurisprudenza euromunitaria ha chiarito (sentenza *Biasci*, cause riunite C-660/11 e C-8/12) che “l'obiettivo attinente alla lotta contro la criminalità collegata ai giochi d'azzardo è idoneo a giustificare le restrizioni alle libertà fondamentali derivanti da tale normativa, purché tali restrizioni soddisfino il principio di proporzionalità e nella misura in cui i mezzi impiegati siano coerenti e sistematici”.

Tesi confermata anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza 27 febbraio 2019, n. 27: “Questa Corte ha già avuto modo di pronunciarsi più volte riguardo alla disciplina dei giochi leciti, ricondotta alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «ordine pubblico e sicurezza» per le modalità di installazione e di utilizzo degli apparecchi da gioco leciti e per l'individuazione dei giochi leciti. Si tratta di profili, infatti, che evocano finalità di prevenzione dei reati e di mantenimento dell'ordine pubblico (sentenze n. 72 del 2010 e n. 237 del 2006), giustificando la vigenza del regime autorizzatorio previsto dagli artt. 86 e 88 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 (Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza)” (5).

Oggi le poste degli scommettitori possono essere raccolte mediante una rete fisica (cioè dai punti di vendita fisici) oppure a distanza (quindi, on line) (6).

La diffusione sempre più capillare della rete internet ha permesso <<la raccolta a distanza delle giocate>> quale modalità innovativa di giochi esistenti oltre che strumento per la diffusione di giochi nuovi e diversi (Cons. Stato, sez. IV, 7 maggio 2012, n. 2621).

Operano, nel settore del gioco on line, regole e procedure particolari che valgono a caratterizzarne gli elementi costitutivi, rispetto ai canoni tradizionali della raccolta delle scommesse, e sui quali a breve ci soffermeremo.

## 4. Contratto aleatorio

L'art. 1102 del codice civile del 1865 disponeva che <<è contratto di sorte o aleatorio, quando per ambedue i contraenti o per l'uno di essi il vantaggio dipende da

(2) Cass. civ., 17 giugno 1950, n. 1552.

(3) Parlamento Europeo, ris. 10 settembre 2013; Commissione Europea, Racc. 14 luglio 2014 (sul gioco d'azzardo on line); D.L. 13 settembre 2012, n. 158, conv. L. 8 novembre 2012, n. 189; L. 28 dicembre 2015, n. 208, all'art. 1, c. 936.

(4) Cass. civ., sez. VI, Ord., 8 luglio 2015, nn. 14288 e 14287; Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2012, n. 16511.

(5) Si veda Corte Giust., 6 novembre 2003, n. 243.

(6) Con la locuzione raccolta a distanza si <<indica la modalità di raccolta dei giochi numerici a totalizzatore nazionale effettuata attraverso Internet, televisione digitale, terrestre e satellitare, attraverso la telefonia fissa e mobile, nonché qualunque altro mezzo assimilabile per modalità e caratteristiche, con esclusione di raccolta in luoghi pubblici con apparecchiature che ne permettano la partecipazione telematica>> (AAMS, decreto 4 maggio 2011, art. 1, comma 1, lett. p).

un avvenimento incerto»>> (I comma) (7); nell'attuale codice del 1942 non si rinviene una definizione di tale contratto per quanto, avverte la dottrina, essa sarebbe stata utile (8).

In tema di contratto aleatorio, come noto caratterizzato dall'incertezza del vantaggio o della perdita di ogni contraente, il Legislatore distingue un contratto aleatorio per sua natura e un contratto aleatorio per volontà delle parti (art. 1469 c.c.) (9).

Nel primo caso l'alea, cioè il rischio, è insita nello stesso schema legale del tipo di negozio e ne costituisce un elemento strutturale, in quanto la stessa res contrattata è tale da non poter essere dedotta ad oggetto dello scambio senza che le parti si assumano anche un rischio (si pensi ad es. al contratto di rendita vitalizia, al contratto di assicurazione).

Nel secondo caso (cioè, quello del contratto aleatorio per volontà delle parti), invece, l'alea è estranea allo schema legale del tipo di contratto, che, di per sé, non la comporta e vi è introdotta da un'apposita specifica pattuizione (non essendo quindi sufficiente un'accettazione tacita del rischio).

Opera, cioè, la regola secondo cui, affinché un contratto tipicamente commutativo assuma la veste del contratto aleatorio per volontà delle parti, occorre che queste abbiano espresso la volontà di concludere un contratto aleatorio, non essendo sufficiente che le stesse, in presenza di una situazione di prevedibile rischio, nulla abbiano detto in proposito (10).

Di conseguenza, mentre nel contratto aleatorio per sua natura l'alea è elemento strutturale di tale tipo di contratto, nel caso di un contratto tipicamente commutativo, che di per sé non include e non comporta un'alea, la conclusione che si tratti di un contratto aleatorio per volontà delle parti postula l'accertamento dell'esistenza di una specifica pattuizione con cui le parti abbiano introdotto il rischio nel contratto, che di per sé non lo comporta affatto.

Un tale accertamento, concernente un fatto espressione tipica dell'autonomia negoziale privata, non può essere compiuto dal Giudice al di fuori di una specifica deduzione (del fatto) da parte dell'interessato e di una richiesta dello stesso di esame ed indagini in tale direzione (11).

## 5. Contratto di scommessa

La scommessa è, per sua natura, un contratto aleatorio concluso tra due soggetti in forza del quale lo scommettitore paga (punta) una certa somma sul risultato di un determinato evento, non ancora disputato - quindi, incerto - e l'agenzia di scommesse (bookmaker) si impegna a restituirgli tale somma, maggiorata di una percentuale previamente indicata, nel caso in cui disputato l'evento il risultato corrisponda a quello su cui ha scommesso il primo.

Ciò che caratterizza tale contratto è l'alea ovvero l'incertezza del risultato, atteso che nel momento in cui il contratto è concluso né lo scommettitore, né l'agenzia di scommesse sono a conoscenza del risultato dell'evento (ad esempio sportivo) su cui viene effettuata la scommessa, in quanto non ancora disputato (Trib. Cosenza, 15 novembre 2018, n. 2434; Trib. Gorizia, 17 ottobre 2018, n. 442; Cass. civ., sez. III, 2 dicembre 1993, n. 11924) (12) o comunque non ancora concluso (13).

La componente aleatoria, come emerge da quanto fin qui detto, è intrinseca alla natura del contratto di scommessa e ciascuna delle due parti deve assumersi un grado (in ipotesi anche sbilanciato) di rischio.

Deve così affermarsi la nullità del contratto qualora questo sia stato sin dall'origine strutturato in modo tale che il rischio giuridico finisca per gravare (peraltro ponendosi in termini di certezza della perdita) solo su una parte (agenzia di scommesse) e non anche sull'altra (scommettitore): si consideri, invero, che l'ordinamento giuridico guarda con particolare diffidenza agli spostamenti di ricchezza privi di una ragione giustificativa.

## 6. Gioco on line

Come anticipato, operano, nel settore del gioco on line, regole particolari. In primis vi è l'utilizzo di un sito web

(7) La norma precisava poi, al secondo comma, di ricondurre espressamente nei contratti aleatori «il contratto di assicurazione, il prestito a tutto rischio, il giuoco, la scommessa e il contratto vitalizio».

(8) REALI, *Alea, commutatività e scommessa: il ruolo assunto dal «rischio» e le scommesse atipiche*, in *Contratto e impresa*, 2007, 956.

(9) DELFINI, *I contratti aleatori nel codice civile italiano e nel codice civile e commerciale argentino e la assicurazione della responsabilità civile professionale*, in *Rivista di diritto privato*, 2019, 341-363; BELLÌ, *L'alea nei contratti differenziali*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 58-65; FERRARI, *La ragionevole incertezza che regge il contratto aleatorio*, Nota a Cass. sez. II civ. 19 luglio 2011, n. 15848, in *Foro It.*, 2646; LIACE, *In tema di contratto aleatorio unilaterale*, in *Giur. It.*, 2008, 318.

(10) Con riferimento a pattuizioni specifiche si vedano: Cass. civ., 7 giugno 1991, n. 6452; Cass. civ., 10 aprile 1970, n. 1003; Cass. civ., 17 giugno 1959, n. 1875.

(11) Cass. civ., sez. II, 4 gennaio 1993, n. 10; Cass. civ., sez. II, 30 agosto 2004, n. 17399; Cass. civ., sez. II, 28 febbraio 2013, n. 5050.

(12) Si vedano in dottrina: CHIARIELLO, *Una lettura costituzionalmente orientata delle sanzioni sul gioco lecito. Nota a Tribunale Civile e Penale di Brescia, Sezione Terza Civile, sentenza n. 2648 del 12 settembre 2017*, in *<GiustAmm.it>*, 2017, 4; CHIEPPA, *Scommesse sportive e rischio di manipolazione delle competizioni sportive*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2017, 271-301; COGIOLA, *Il doppio azzardo del giocatore: in contratti di gioco e scommessa in dottrina e in giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pt. 2, 64-275.

(13) Trib. Milano, sez. XII, 12 luglio 2017, n. 7913 il definisce il «contratto di scommessa» quale «atto speculativo finalizzato all'arricchimento».



ad hoc cui lo scommettitore deve previamente registrar- si ed aprire un conto di gioco personale per poi effettua- re le sue scommesse (14); il palinsesto degli eventi su cui scommettere è ufficiale e gestito direttamente da ADM (Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (15)).

(14) L. 7-7-2009 n. 88. Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008. Pubblicata nella Gazz. Uff. 14 luglio 2009, n. 161, S.O Art. 24 comma 19 " La raccolta a distanza dei giochi di cui al comma 11 è subordinata alla stipula, anche per via telematica, di un contratto di conto di gioco tra il giocatore e il concessionario. Lo schema di riferimento del contratto di conto di gioco, reso disponibile dall'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato sul proprio sito web, è predisposto nel rispetto delle seguenti condizioni minime, cui restano senz'altro soggetti i contratti di conto di gioco in essere alla data di entrata in vigore della presente legge:

- a) accettazione da parte del concessionario della regolazione del contratto secondo la legge dello Stato italiano e che italiano sia il foro competente per le eventuali controversie, nel rispetto delle norme vigenti anche di fonte comunitaria, con esclusione di forme di risoluzione arbitrale delle controversie medesime;
- b) utilizzo del conto di gioco in osservanza delle disposizioni di cui al decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, di attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, nonché della direttiva 2006/70/CE recante disposizioni per la relativa esecuzione;
- c) unicità del contratto di conto di gioco con ciascun giocatore, divieto di utilizzazione del conto di gioco di un giocatore per la raccolta o l'intermediazione di giocate altrui, improduttività di frutti del conto di gioco per il giocatore, nonché gratuità della relativa utilizzazione per il giocatore;
- d) indisponibilità da parte del concessionario delle somme depositate sul conto di gioco, fatte salve le operazioni di addebito e di accredito direttamente connesse all'esercizio dei giochi oggetto di concessione;
- e) tempestiva contabilizzazione e messa a disposizione al giocatore delle vincite e delle relative somme, comunque non oltre un'ora dalla certificazione ufficiale del verificarsi dell'evento che determina la vincita, salvo specifica diversa disposizione prevista dal regolamento di un singolo gioco;
- f) accredito al giocatore, entro e non oltre sette giorni dalla richiesta e con valuta corrispondente al giorno della richiesta, delle somme giacenti sul conto di gioco di cui il giocatore chiedi al concessionario il prelievo;
- g) durata del contratto di conto di gioco non superiore alla data di scadenza della concessione;
- h) informativa relativa al trattamento dei dati personali rispettosa della normativa vigente in materia;
- i) assenso preventivo ed incondizionato del giocatore alla trasmissione da parte del concessionario all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, su richiesta di quest'ultima, di tutti i dati relativi ai movimenti e ai saldi del conto di gioco;
- l) devoluzione all'erario dell'intero saldo del conto di gioco decorsi tre anni dalla data della sua ultima movimentazione.

(15) La ratio storica della riserva allo Stato dell'organizzazione e l'esercizio di giochi 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, "risiede nei rilevanti interessi coinvolti nel gioco, quali le esigenze di contrasto del crimine e, più in generale, di ordine pubblico, di fede pubblica, la necessità di tutela dei giocatori, di controllo di un fenomeno che è suscettibile di coinvolgere flussi cospicui di denaro a volte di provenienza illecita e non a caso le norme sul gioco sono inserite nel TULPS". La realizzazione di tali interessi, unitamente alla tutela degli interessi erariali, ha richiesto il superamento del precedente assetto del settore caratterizzato da una

La raccolta "a distanza" presuppone, come detto, la pre- via registrazione (id est identificazione) dello scommetti- tore, che deve utilizzare il conto gioco (che registra tutti i movimenti di accredito e di addebito) (16).

La movimentazione di denaro del gioco on line è tra- smessa in tempo reale dall'internet service provider al Totalizzatore Nazionale (17), gestito da SOGEI Società Generale d'Informatica S.p.A. nell'interesse di ADM. In materia di scommesse raccolte "a distanza", secondo la definizione dell'art. 2 D.M. 1 marzo 2006, n. 111 (18), il contratto si deve intendere concluso con l'ac- cettazione e la registrazione della scommessa da parte del totalizzatore nazionale (art. 6 D.M.), attestata dalla ricevuta di partecipazione.

La raccolta di scommesse, anche quando abbia luogo mediante strumenti telematici, può dirsi lecita solo ed esclusivamente se posta in essere da parte di soggetti ti- toolari di concessione, sì che non è ammesso che soggetti terzi raccolgano le scommesse per conto dei concessio- nari o titolari di reti svolgendo una mera intermedia- zione; infatti (come ribadito dal D.M. n. 111 che, sul punto, ha confermato i contenuti del previgente D.M. n. 174 del 1998), a tutt'oggi «è vietata ogni forma di intermediazione nella raccolta delle scommesse» (art. 2, comma 5) (19).

gestione disorganica e polverizzata, dato che i singoli giochi erano asse- gnati a diverse amministrazioni o enti in aperta concorrenza tra di loro, a detrimento dell'interesse pubblico al contrasto del gioco illecito e degli interessi erariali, e l'affidamento della materia de qua all'Amministrazio- ne autonoma dei Monopoli di Stato la quale, giusta quanto previsto dal D.L. n.138/2002 (art.4), convertito in legge, con modificazioni dall'art. 1, L. 8 agosto 2002, n. 178, svolge tutte le funzioni in materia di organiz- zazione ed esercizio dei giochi, scommesse e concorsi pronostici (v. in tal senso T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 26 luglio 2005, n. 5943; v. anche conf. T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 31 maggio 2005, n. 4296 ).

(16) Si veda in particolare la L. 30 dicembre 2004, n. 311 (Legge finan- ziarria per l'anno 2005) che all'art. 1, comma 290, prevede espressamente: «Al fine di assicurare la tutela della fede pubblica e per una più efficace azione di contrasto al gioco illecito ed illegale il Ministero dell'economia e delle finanze - Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato adotta i provvedimenti necessari per la definizione, diffusione e gestione, con organizzazione propria o di terzi, dei mezzi di pagamento specifici per la partecipazione al gioco a distanza. Tali mezzi di pagamento possono esse- re abilitati dal Ministero dell'economia e delle finanze - Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato anche per le transazioni relative a forme di gioco non a distanza».

(17) In riferimento alla sanatoria di cui all'art. 1, comma 643, L. n. 190 del 2014, nel rispetto delle prescrizioni imposte dalla medesima disposi- zione, si veda Cass. pen., sez. III, 27 settembre 2017, n. 44446.

(18) «Norme concernenti la disciplina delle scommesse a quota fissa su eventi sportivi diversi dalle corse dei cavalli e su eventi non sportivi da adottare ai sensi dell'articolo 1, comma 286, della L. 30 dicembre 2004, n. 311».

(19) Cass. pen., sez. VI, 2 luglio 2019, n. 28871; Cass. pen., sez. III, 19 febbraio 2016, n. 6709.

Particolare attenzione deve riservarsi alla disposizione dell'art. 19, II, D.M. 111 in esame secondo cui, espressamente: «Le scommesse telematiche non possono essere annullate» (20).

L'opzione interpretativa più corretta, sulla quale breve ci soffermeremo in maniera più approfondita, è quella secondo cui deve escludersi che essa costituisca ostacolo alla generale tutela del contraente per vizi della volontà stabilita dal codice civile.

## 7. La posizione della giurisprudenza di merito

La sentenza del Tribunale di Palermo riconosce come lo scommettitore abbia effettuato le sue giocate quando l'incontro di calcio su cui egli aveva scommesso «era già stato disputato ed il relativo risultato era già noto e, dunque, non sussisteva alcun profilo di rischio od incertezza integrante l'elemento casuale del contratto di scommessa».

Di conseguenza ha dichiarato la «nullità dei contratti di scommessa per difetto di causa» accogliendo, comunque, la domanda attorea di restituzione della posta giocata tenuto conto di quanto dispone l'art. 7 del DM n. 111/2006, che disciplina le scommesse a quota fissa su eventi sportivi, il quale statuisce espressamente che: «Il partecipante ha diritto al rimborso (...) c) relativamente alle scommesse su avvenimenti sportivi, in caso di mancata chiusura dell'accettazione delle scommesse per l'anticipazione dell'orario di inizio degli avvenimenti oggetto di scommessa».

Tale decisione si innesta nel solco di un orientamento interpretativo che, nel corso di questi ultimi anni, si sta consolidando nella giurisprudenza di merito.

Si registrano così alcune interessanti pronunce (v. nota n. 1) su cui è bene qui soffermarsi.

Punto fermo dell'argomentare del Giudice di Nola (ord. 4 luglio 2020 cit.) è la qualificazione giuridica della scommessa quale contratto aleatorio.

Poiché avuto riguardo al caso concreto sottoposto al suo giudizio, il Tribunale di Nola ha accertato che l'incontro di calcio oggetto di scommessa era già stato disputato e si era concluso al momento della scommessa allora ha ritenuto nessuna alea (o rischio) vi era a carico dello scommettitore (sicuro della vincita).

Il relativo contratto concluso tra le parti è stato così ritenuto nullo per totale assenza di causa mancando ogni profilo di incertezza e per gli effetti è stata rigettata la richiesta di pagamento della vincita e di risarcimento danni (avendo l'agenzia di scommesse dato prova di aver già rimborsato rimborso la posta giocata).

Venendo ora alla pronuncia del Tribunale di Napoli Nord (n. 1562/2020 cit.) (21) il Giudice, premessa la natura giuridica di contratto aleatorio della scommessa, osserva che, nel caso oggetto del suo intervento, le scommesse degli attori difettavano dell'elemento causale atteso che avevano ad oggetto un evento sportivo già disputato al momento della conclusione dei contratti. L'assenza dell'ineffettibile elemento dell'incertezza e del rischio caratterizzante l'alea della tipologia contrattuale in esame ha portato il Tribunale partenopeo a dichiararne la nullità.

Oggetto di intervento della Corte d'Appello di Trieste (n. 333/2020 cit.) (22) sono alcune scommesse, regolate dall'art. 1934 c.c., eseguite on line con riguardo ai risultati di una serie di partite in torneo di calcio messicano.

Punto cruciale è la considerazione che le giocate erano avvenute quando gli eventi sportivi erano già conclusi, ma erroneamente ancora 'aperti' e suscettibili di scommessa a causa del mancato aggiornamento da parte del concessionario dell'orario, a seguito del passaggio in Italia dall'ora legale all'ora solare; quindi, prima della rettifica dell'orario, le giocate erano apparse come eseguite un'ora prima rispetto a quella in cui erano state effettivamente eseguite e per questo erano state pagate le vincite.

La Corte avalla la tesi della nullità dei contratti per mancanza di alea, e perciò di causa, che non sussiste quando l'evento finale oggetto di scommessa è già noto.

La Corte pone l'accento, da un alto, sul fatto che le puntate dovevano avvenire entro un orario, sicuramente anteriore alla conclusione dell'evento calcistico oggetto di scommessa e, dall'altro, sul fatto che, nella fattispecie oggetto del suo giudizio, le puntate erano avvenute in orario successivo ed erano state accettate soltanto per errore relativo al mancato adeguamento dell'orario all'ora solare.

Ne è così conseguita l'assenza di causa del contratto concluso dalle parti.

La stessa Corte di merito si sofferma, poi, sul dictum facente capo a Cass. civ., sez. III, 20 marzo 2012, n. 4371 (pronuncia richiamata dagli scommettitori) che cassava una sentenza che a sua volta aveva rigettato l'eccezione

(21) Nella vicenda oggetto di giudizio gli attori innanzi al Tribunale partenopeo asseriscono di essersi vista negare la riscossione della somma vinta a seguito di due scommesse sportive su un evento calcistico chiedendo al Giudice adito di accertare e dichiarare la validità dei loro titoli di gioco per poter così ottenere il pagamento delle vincite. Da parte sua la società convenuta insiste affinché sia accertata la nullità dei contratti di scommessa in questione, per difetto di causa, in quanto aventi ad oggetto avvenimenti sportivi già conclusi e, perciò, ad esiti noti e con vincita sicura.

(22) L'appello è avverso la sentenza n. 442/2018 resa dal Tribunale di Gorizia (cit.).

(20) Si veda Cons. Stato, sez. IV, 3 settembre 2014, n. 4484.

di nullità del contratto di scommessa per l'effettuazione della giocata a corsa di cavalli ormai ultimata ritenendo l'eccezione non provata.

Da questa pronuncia della S.C. non si evince il principio secondo il quale l'alea, quale elemento essenziale della scommessa, possa sussistere anche solo soggettivamente, perché la Cassazione ha ritenuto «non (...) sufficientemente scrutinato, (...) in sede di merito, il profilo causale della convenzione negoziale di scommessa sotto il determinante profilo della sussistenza o meno dell'alea che necessariamente deve integrarne il contenuto.

Le circostanze (pacifiche in causa) del tutto anomale, sotto il profilo quantitativo/statistico, delle vincite conseguite dall'odierno resistente avrebbero, difatti, imposto una diversa e più approfondita disamina del profilo della conoscenza soggettiva del risultato delle corse, (...), onde pervenire ad una più corretta ricostruzione del profilo causale del negozio stesso»

La Cassazione cioè - argomentano i Giudici di Trieste - ha esclusivamente censurato l'insufficiente disamina del profilo della conoscenza soggettiva dei risultati, non ponendo alcun principio utile a ritenere che nella scommessa su competizioni sportive l'alea possa essere anche solo soggettiva.

## 8. Il piano delle conseguenze

Si è già anticipato come una scommessa a palinsesto aperto sia un contratto nullo e, come noto, la nullità riguarda un vizio dell'atto (come lo è anche l'annullabilità) le cui cause sono elencate nell'art. 1418 c.c..

Precisamente il contratto è nullo quando:

- è contrario a norme imperative;
- difetta di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c. ossia l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto, la forma se prescritta dalla legge sotto pena di nullità;
- la causa o i motivi sono illeciti laddove determinanti per la conclusione del contratto;
- l'oggetto del contratto è impossibile, illecito, indeterminato o indeterminabile;
- in tutti gli altri casi previsti dalla legge.

La nullità è considerata la più grave patologia contrattuale, dato che consiste in una sanzione applicata al verificarsi di vizi collegati alla nascita del contratto.

Se la nullità concerne solo una parte o singole clausole del contratto (c.d. nullità parziale), la stessa si estende all'intero contratto, ove risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto (art. 1419 c.c.), fatta eccezione per la sostituzione di diritto delle clausole nulle con norme imperative.

L'altra causa di invalidità contrattuale è l'annullabilità: il contratto annullabile, in via di estrema sintesi, produce tutti gli effetti di un contratto valido, ma questi possono venire meno se viene fatta valere con successo l'azione di annullamento.

Sono considerate cause di annullabilità del contratto:

- l'incapacità di una delle parti (ad es. nel caso di contratti conclusi da minore o incapace di intendere e di volere; ecc.) (art. 1425 c.c.)

- il consenso dato per errore, estorto con violenza o carpiuto con dolo (c.d. vizi del consenso, art. 1427 c.c.). L'errore deve essere essenziale e riconoscibile dall'altro contraente (art. 1428 c.c.); la violenza può anche essere esercitata da un terzo (art. 1434 c.c.); il dolo deve consistere in raggiri usati da uno dei contraenti tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe prestato il proprio consenso (art. 1439 c.c.).

A differenza della nullità, l'annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge e si prescrive nel termine di cinque anni (Corte App. Reggio Calabria, 4 maggio 2020, n. 368).

Queste categorie tradizionali, come innanzi brevemente sintetizzate, sono chiamate ad essere applicate anche, nel settore del gioco on line, in cui - si è detto - operano regole particolari.

Raffrontando la raccolta "tradizionale" con quella più "moderna" emerge con evidenza come, se la raccolta tradizionale delle scommesse garantisce l'anonimato dello scommettitore, che può pagare anche in contanti, la raccolta "a distanza", da parte sua, si pone in termini diametralmente opposti (lo scommettitore è identificato e deve usare il conto gioco per cui i pagamenti sono tutti tracciati e si ha una movimentazione di denaro in tempo reale dall'internet service provider al Totalizzatore Nazionale). Come conciliare l'art. 19, II, D.M. 1 marzo 2006, n. 111 (secondo cui, come anticipato, «Le scommesse telematiche non possono essere annullate») con la normativa codicistica del 1942?

Sovviene a tal fine il principio di gerarchia delle fonti per cui la disciplina codicistica prevale su ogni altra disposizione di rango inferiore, come quella ex D.M. n. 111, che è contenuta in un semplice regolamento (App. Roma, sez. III, 17 ottobre 2016, n. 6126).

Deve così escludersi che la disciplina regolamentare costituisca un ostacolo alla generale tutela dei contraenti così come stabilita dal codice civile, dovendo interpretarsi la disposizione ex art. 19 nel senso che il negozio regolarmente stipulato è irrettabile sulla base di elementi sopravvenuti, ed anche per volontà delle parti; ciò anche in considerazione del fatto che il gioco viene gestito in regime di concessione dello Stato (App. Firenze, 11 luglio 2017, n. 1600).

La giurisprudenza (23) è poi costante nell'affermare che le norme dei regolamenti ministeriali relativi a concorsi e

(23) Cass. civ., sez. III, 31 marzo 2016, n. 6219; Cass. civ., sez. III, 29 maggio 2013, n. 13434; Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2010, n. 2841;

lotterie hanno natura contrattuale (negoziazione pubblico-amministrativa) e, conseguentemente, vanno interpretate secondo i criteri di ermeneutica contrattuale.

Indipendentemente dalle modalità - tradizionali o più innovative - di raccolta delle scommesse possono, senza dubbio, le parti incorrere nella cd. fase patologica del rapporto (24).

D'altronde è innegabile che il nostro sistema normativo - e la materia delle scommesse non ne è immune - sia informato al principio della gerarchia delle fonti, esemplificativamente (e, qui, senza pretese di completezza) raffigurabile con una piramide al cui vertice vi sono la Costituzione e le leggi costituzionali e via via a scendere le leggi ordinarie, le leggi regionali fino alle norme regolamentari.

La disciplina in esame non è estranea al sistema essendo essa, a ben vedere, riconducibile nella più vasta materia dei contratti che, in quanto tale, ha una sua esatta collocazione nel codice civile la cui centralità non viene per il solo fatto che si tratti di scommesse on line.

### 9. Condanna alle spese e lite temeraria

La tesi che vorrebbe valida ed efficace una scommessa a palinsesto aperto, di fatto, priva di ogni tutela l'operato del settore: quest'ultimo cioè una volta accettate scommesse su eventi già conclusi, ed i cui risultati siano ovviamente noti, non potrebbe far altro che pagare le vincite.

La scommessa quindi perderebbe ogni connotazione di aleatorietà per essere certa nei suoi termini operativi: vincita per lo scommettitore e obblighi di pagamento per il concessionario.

Può veramente ritenersi accoglibile una tesi di tale genere? È serio avallare comportamenti così gravemente in mala fede degli scommettitori?

Orbene, come noto (25) sostenere in giudizio una tesi giuridica del tutto priva di consistenza e fondamenta costituirsi di per sé un indice della mala fede o della colpa grave della parte.

Agire o resistere in giudizio con mala fede o colpa grave significa infatti azionare la propria pretesa, o resistere a

quella avversa, con la coscienza dell'infondatezza della domanda o dell'eccezione; ovvero senza aver adoperato la normale diligenza per acquisire la coscienza dell'infondatezza della propria posizione.

Se poi è vero che la mera infondatezza in iure delle tesi prospettate in giudizio non può di per sé integrare gli estremi della responsabilità aggravata di cui all'art. 96 c.p.c. (26), tuttavia la palese infondatezza delle tesi prospettate ben può costituire un indizio dal quale risalire, ex art. 2727 c.c., alla responsabilità della parte, quando sostenere quelle tesi significa, nella sostanza, *non intelligere quod omnes intelligunt*.

Un professionista del diritto non può non avvedersi della totale carenza di solidità giuridica della tesi secondo cui alla scommessa non sia (di fatto) sottesa un'alea per le parti, per cui delle due l'una: o lo scommettitore che agisce in giudizio - e per essa il suo legale - ben conoscevano l'insostenibilità della pretesa ed allora hanno agito con dolo, ovvero non ne erano al corrente, ed allora hanno tenuto una condotta gravemente colposa, per non avere acquisito con la diligenza minima di cui all'art. 1176 c.c., la conoscenza di un elementare principio di diritto.

È stato più volte affermato (27) che in tema di responsabilità per lite temeraria la condanna esige, sul piano soggettivo, almeno la colpa grave della parte soccombente, la quale sussiste nell'ipotesi di violazione del grado minimo di diligenza che consente di avvertire facilmente l'infondatezza o l'inammissibilità della propria domanda, situazione che deve ritenersi senz'altro sussistente nelle ipotesi qui in esame.

Non solo. Occorre fare un cenno anche alle spese processuali per ricordare come, in tale settore, operi il principio secondo il quale le stesse non possono essere poste a carico della parte totalmente vittoriosa, rientrando nel potere discrezionale del giudice di merito, la valutazione dell'opportunità di compensarle in tutto o in parte, sia nell'ipotesi di soccombenza reciproca che in quella di concorso di altri giusti motivi (28).

Se quindi la liquidazione delle spese è attività discrezionale del giudice censurabile (oltre che nei casi in cui si deduca la violazione degli artt. 91 e 92 c.p.c.) solo ove risultino violati i parametri legali di riferimento rispetto al valore della domanda ovvero i limiti, massimi o minimi, previsti dalla tariffa (29) resta il dato incontrovertibile

Cass. civ., sez. III, 20 maggio 2009, n. 11696; Cass. civ., sez. III, 20 maggio 2008, n. 23671.

(24) In ipotesi di lotteria autorizzata (che, come noto, da luogo ad un vero e proprio contratto produttivo di obbligazioni e di azione in giudizio, secondo la chiara formula di cui all'art. 1935 c.c., in contrapposizione all'art. 1933 c.c.) il gestore ha (anche) l'obbligo di predisporre i mezzi tecnici per l'espletamento della stessa, con la conseguenza che il vizio di tali mezzi tecnici (che si traduca in emissione di biglietti con errori di stampa) non impedisce il sorgere del contratto di lotteria, ma integra un inadempimento contrattuale risarcibile (Cass. civ., sez. III, 5 marzo 2007, n. 5062; Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2006, n. 17458).

(25) Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2015, n. 4930; Cass. civ., sez. VI - 3, Ord., 3 luglio 2019, n. 17814.

(26) Cass. civ., sez. un., ord. 11 dicembre 2007, n. 25831 - Rv. 600837; Cass. civ., sez. II, 18 gennaio 2010, n. 654 - Rv. 611060.

(27) Cass. civ., sez. VI - 2, ord., 18 giugno 2020, n. 11766.

(28) Cass. civ., sez. VI - 3, ord., 31 agosto 2020, n. 18094; Cass. civ., sez. VI-3, ord. 17 ottobre 2017, n. 24502, Rv. 646335-01; Cass. civ., sez. I, ord. 4 agosto 2017, n. 19613, Rv. 645187-01.

(29) Cass. civ., sez. III, 28 febbraio 2019, n. 5798.

tibile che l'art. 92, II, c.p.c. prevede la compensazione delle spese di lite, oltre che nel caso della soccombenza reciproca, soltanto «nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti, il giudice può compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero».

Deve quindi ritenersi la totale assenza di ogni valida ragione per compensare le spese da parte dei giudici che, a ben vedere, in alcuni casi hanno anche rimproverato (30) gli operatori per il mancato corretto funzionamento del sistema (lo stesso Tribunale di Palermo così osserva: «... con il proprio comportamento negligente non ha precluso la possibilità di effettuare scommesse su eventi già disputati»).

Ma è possibile muovere un tale rimprovero? O ciò equivale a ritenere sussistenti motivi di rimprovero per un gestore di un impianto di carburante che chieda di essere pagato dagli utenti che, profittando del temporaneo malfunzionamento dell'impianto self abbiano ben pensato di fare il pieno senza pagare (Idem quanto ad un istituto di credito che abbia dovuto fare i conti con un bancomat impazzito che regali soldi)?

Le parti di un contratto, anche quando concluso online, devono sempre improntare i loro comportamenti a regole di correttezza e buona fede tra le quali certamente non può ricondursi l'approfittarsi di un malfunzionamento delle strutture di controparte.

---

(30) Secondo la sentenza (cit.) resa dal Tribunale di Napoli Nord l'operatore del settore con «la propria negligenza, consistita nel non aver precluso la possibilità di effettuare scommesse su eventi già disputati, ha creato affidamento in capo ai ricorrenti in merito al loro buon esito»; così espressamente il Giudice di Nola (ord. cit.) «Quanto alle spese di lite, si ritiene equo compensarle integralmente tra le parti, in considerazione del comportamento negligente tenuto da omissis, frutto di riconosciuto errore dalla stessa commesso e consistito "nella mancata tempestiva chiusura dell'accettazione delle scommesse" » (in termini analoghi Trib. Benevento, ord. 18 maggio 2017; Trib. Gorizia, 17 ottobre 2018, n. 442 cit.).