



RIVISTA DI DIRITTO DEI GIOCHI E DELLE SCOMMESSE

Valérie Peano
Avvocato in Roma

Il giocatore telematico e la conclusione del contratto per la partecipazione al gioco “on-line”:

Negli ultimi dieci anni, la globalizzazione informatica e l'aumento considerevole dei siti Internet hanno favorito lo sviluppo del commercio elettronico¹, caratterizzato da forme innovative di scambio di beni e servizi, a sostegno delle quali sono nate e si sono diffuse nuove fattispecie contrattuali, caratterizzate da manifestazioni di volontà “on-line” dei contraenti (scambio tra proposta e accettazione). L'interfaccia diretta tra le parti contraenti è costituita unicamente dallo strumento informatico utilizzato.

La validità di tali contratti che non appartengono ad una tipologia contrattuale particolare, è riconosciuta dall'art. 1322 cod. civ. allorché “siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico²” nazionale.

In materia di giochi e scommesse, la fattispecie del contratto stipulato a mezzo internet per la partecipazione del gioco a distanza ha trovato riconoscimento tra le novità introdotte dall'articolo 24, commi da 11 a 26 della legge 7 luglio 2009, n. 88, meglio nota come Legge Comunitaria per il 2008³.

In base alle nuove disposizioni, al giocatore è consentito stipulare, con un concessionario dei servizi pubblici di gioco (“on-line”) il **contratto in modalità telematica** al fine di attivare un conto di gioco “on-line” sul sistema dell'operatore per poter partecipare alle forme di gioco autorizzate e offerte dal medesimo su Internet.

Fino ad oggi, invero, il contratto di “conto di gioco”, definito dal Decreto direttoriale 21 marzo 2006 dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (“A.A.M.S.”), in virtù di una articolata disciplina⁴, come il contratto con il quale “le parti convengono di registrare su un conto di gioco intestato al giocatore le operazioni riguardanti il gioco con partecipazione a distanza”, non

¹ La Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, del mercato interno (“direttiva sul commercio elettronico”) (GU L 178 del 17.7.2000) identifica il commercio elettronico come parte di quei “servizi prestati normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e a richiesta individuale di un destinatario di servizi” (considerando 1 e 17).

² Ci si riferisce, in particolare, ai principi relativi alla tutela dell'ordine pubblico e del buon costume.

³ Legge del 7 luglio 2009, n. 88 - Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008 (Gazzetta Ufficiale del 14 luglio 2009, n. 161 S.O. n. 110).

⁴ Ministero dell'Economia e delle Finanze - Decreto del 21 marzo 2006 n. 7902/Giochi/UD “ Misure per la regolamentazione della raccolta a distanza delle scommesse, del bingo e delle lotterie” (Gazzetta Ufficiale del 24 marzo 2006, n. 70).

prevede, espressamente, la possibilità della conclusione in modalità telematica, ma solo secondo le modalità cd. tradizionali.

Il decreto direttoriale 8 febbraio 2011⁵, di decorrenza degli obblighi relativi alla raccolta del gioco a distanza, di cui alla Legge Comunitaria per il 2008, dispone l'adozione di un nuovo schema di contratto-tipo in materia di esercizio e raccolta a distanza dei giochi pubblici, sostitutivo del precedente, che può essere concluso anche con modalità telematica.

Ora, a differenza di quanto accade per altri contratti telematici stipulati mediante accesso ad un sito internet, per i quali l'attività non è soggetta ad autorizzazione preventiva ai sensi dell'art. 6 del d. lgs. 9 aprile 2003 n. 70⁶, nel caso che qui rileva, c'è da notare come il prestatore di servizio sia **concessionario dello Stato**, assoggettato alle leggi italiane, e lo schema di contratto (in particolare, i suoi "contenuti indispensabili") venga fornito direttamente dall'autorità amministrativa competente (A.A.M.S.) ovvero assoggettato alla sua preventiva approvazione⁷.

Secondo la terminologia comunemente utilizzata per descrivere le transazioni elettroniche, il contratto di conto di gioco rientra nella categoria degli accordi commerciali -in materia di commercio elettronico- tra imprese e consumatori⁸ (business to consumer abbreviato in B2C), a differenza di quello che si realizza tra imprese (business to business - B2B)⁹.

Come vedremo la differenziazione operata risulta fondamentale nella determinazione del momento e del luogo conclusivo del contratto per la partecipazione al gioco on-line, nonché nell'individuazione dei limiti di territorialità della giurisdizione, in considerazione del carattere transfrontaliero di Internet.

Invero, la determinazione del momento e del luogo conclusivo del contratto in esame assume particolare importanza proprio per poter stabilire quale legge applicare al contratto e,

⁵ Decreto direttoriale del 8 febbraio 2011 - Decorrenza degli obblighi relativi alla raccolta del gioco a distanza (Gazzetta Ufficiale del 9 marzo 2011, n. 56 S.O. n. 68)

⁶ Decreto legislativo del 9 aprile 2003, n. 70 di attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico (Gazzetta Ufficiale del 14 aprile 2003, n. 87 S.O. n. 61) – art. 6 “1. L'accesso all'attività di un prestatore di un servizio della società dell'informazione e il suo esercizio non sono soggetti, in quanto tali, ad autorizzazione preventiva o ad altra misura di effetto equivalente.2. Sono fatte salve le disposizioni sui regimi di autorizzazione che non riguardano specificatamente ed esclusivamente i servizi della società dell'informazione o i regimi di autorizzazione nel settore dei servizi delle telecomunicazioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 19 settembre 1997, n. 318, dalla cui applicazione sono esclusi i servizi della società dell'informazione”.

⁷ La nota dell'AAMS del 22 giugno 2006 precisava: “i concessionari titolari di sistema possono raccogliere scommesse a distanza previa stipula con i giocatori di apposito contratto conforme all'allegato schema-tipo approvato dall'A.A.M.S. (omissis) I titolari di sistema che, invece, intendano utilizzare uno schema di contratto di conto di gioco diverso, anche solo in parte, dal modello trasmesso, dovranno preventivamente richiederne l'approvazione ad A.A.M.S., come previsto dal comma 2 dell'articolo 4 del decreto direttoriale n. 7902/Giochi/UD del 21 marzo 2006” - Nota dell'A.A.M.S. n. 2006/ 21566/Giochi/UD - Ulteriori precisazioni in merito al Decreto 21 marzo 2006 n. 7902 in merito alla regolamentazione della raccolta del gioco a distanza.

⁸ Commissione Europea COM (2005), 456 def., p. 6 - secondo la quale è opportuna un'adeguata distinzione tra i contratti di tipo B2B e quelli di tipo B2C, poiché la normativa in materia di contratti con i consumatori deve avere - a differenza di quella relativa ai rapporti B2B - anche lo scopo di rimediare agli squilibri strutturali esistenti tra consumatori e commercianti.

⁹ Alcuni comunicati di AAMS e il protocollo di comunicazione dell'anagrafe dei conti di gioco (PGAD) fanno anche riferimento all'apertura del conto di gioco come persona giuridica. L'apertura di un conto di gioco intestato ad una persona giuridica è possibile soltanto nei casi previsti dalla normativa vigente, come ad esempio per effettuare le giocate a carattere speciale a distanza (Decreto Direttoriale del 09/12/2008 – Modalità di partecipazione ai concorsi pronostici su base sportiva "Totocalcio", "il 9", "Totogol" e "+Gol" attraverso giocate a carattere speciale - pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 297 del 20/12/2008).

quindi, disciplinare l'esecuzione delle obbligazioni che ne discendono ovvero ancora le conseguenze dell'eventuale nullità dello stesso.

Se è vero che non sorgono dubbi al riguardo quando l'offerta di gioco viene effettuata da un concessionario dello Stato italiano, disciplinata preventivamente dallo schema di contratto di gioco approvato dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato e assoggettato alla legge italiana, diverso è il caso in cui ai giocatori residenti in Italia vengano offerte forme di gioco (attraverso o meno il contratto quadro di apertura di un conto di gioco) da operatori non concessionari, con sedi e infrastrutture situate all'estero.

Si tratta di modalità di offerta, occorre ricordarlo, tassativamente vietata nell'impianto normativo nazionale¹⁰, in cui l'offerta e la gestione della raccolta del gioco "on-line" è consentita esclusivamente a soggetti, italiani od esteri, in possesso di titolo concessorio nazionale e, pertanto, e rivolta ai giocatori residenti in Italia solo attraverso siti internet autorizzati.

Anche e soprattutto rispetto a tali forme di gioco non autorizzato, si pone la necessità di apprestare tutela alla posizione del soggetto "debole", il consumatore appunto, nella dimensione elettronica del mondo virtuale di Internet, teoricamente immune all'autorità degli Stati e dai loro tentativi di regolamentazione.

A tal proposito, vale la pena ricordare come l'impatto sui consumatori telematici della promozione e offerta di attività di gioco da parte di operatori di gioco "on-line" con sede in/extra UE eventualmente titolari di licenze rilasciate in uno o più Stati sia proprio uno dei quesiti oggetto di consultazione nell'ambito del Libro Verde pubblicato dalla Commissione Europea sul gioco "on-line"¹¹.

I. Il momento e il luogo conclusivo del contratto per la partecipazione al gioco on-line

La definizione del momento e del luogo di conclusione dei contratti telematici nei paradigmi tradizionali della disciplina codicistica ha dato luogo a non pochi dibattiti dottrinali¹².

Alcuni hanno ritenuto applicabile il combinato disposto degli artt. 1326 e 1335 cod. civ., secondo il quale il contratto si perfeziona nel momento in cui il proponente – intendendosi, con ciò, il prestatore di servizio - ha avuto conoscenza dell'accettazione della controparte: in sostanza, il contratto telematico - in qualsiasi forma¹³ - s'intende perfezionato allorché l'accettazione pervenga all'indirizzo del proponente (momento di conoscibilità "oggettiva") e nel luogo ove il proponente ha la propria sede legale o il luogo in cui è ubicato il suo domicilio elettivo o la sua residenza¹⁴.

¹⁰ Recita il comma 4 bis dell'art. 4 della legge n. 401 del 13 dicembre 1989 (Gazzetta Ufficiale del 18 dicembre 1989, n. 294) "Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive": "Le sanzioni di cui al presente articolo sono applicate a chiunque, privo di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'articolo 88 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, svolga in Italia qualsiasi attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettati in Italia o all'estero."

¹¹ Libro Verde sul gioco d'azzardo on-line nel mercato interno COM (2011) 128 def. 24.03.2011 - La pubblicazione ufficiale del Libro Verde sul gioco d'azzardo on-line nel mercato interno da parte della Commissione Europea, avvenuta il 24 marzo 2011, segna l'avvio di una fase di consultazione in materia di attività di gioco on-line.

¹² S. Lerro, La conclusione del contratto "on-line", in questa Rivista.

¹³ Sia attraverso le pagine web, che consentono l'adesione a schemi contrattuali già predisposti dal proponente, che quello della posta elettronica mediante la quale vengono veicolate le informazioni contrattuali e lo stesso consenso.

¹⁴ E. TOSI, Diritto privato dell'informatica e di Internet, Milano, 2006, p. 309 ss.

Ma quando tale sottoscrizione avviene tra parti “diseguali” ovvero a sottoscrivere il contratto telematico di acquisto o prestazione di bene o servizio sia un consumatore, tale conclusione appare inadeguata.

Questo perché, come osservato in dottrina da Zanobetti, “il fatto che Internet sia, per natura, privo di localizzazione nello spazio, può comportare che non ci si renda conto di attraversare una frontiera quando si naviga in Internet, né è possibile conoscere, per lo meno senza sofisticati mezzi di indagine, la nazionalità o il luogo in cui si trova chi accede ad un determinato sito, e ciò a causa della possibilità di accedere, in pochi secondi, all’intera rete da ogni parte del mondo, ed alla facilità di spostare gli stessi siti da un server all’altro in poco tempo e con costi minimi”¹⁵.

In tal senso, appare utile citare la tesi di Benedetti, che individua il momento di perfezionamento del contratto del consumatore tramite Internet non già secondo gli schemi codicistici (e, quindi, con la ricezione dell’ordine da parte del proponente prestatore), bensì con la ricezione, da parte del consumatore, della conferma dell’ordine da parte dello stesso proponente, requisito stabilito dell’art. 13 del citato d.lgs. 70/2003¹⁶.

Al riguardo, l’art. 13, 1° comma, del D. Lgs. 9 aprile 2003 n. 70 di attuazione della direttiva europea n. 2000/31/CE “relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico” precisa, innanzitutto, che: «le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell’informazione inoltri il proprio ordine per via telematica».

Secondo Benedetti, il rinvio alle norme codicistiche in materia di conclusione dei contratti di cui all’art. 13 del d.lgs. 70/2003, si associa alla volontà di garantire l’acquirente-consumatore e questo non solo attraverso gli obblighi informativi di natura pre-contrattuale - che gli consentono, ad esempio, di correggere gli errori compiuti durante l’articolazione dell’ordine¹⁷ e il diritto di recesso - bensì anche, nel procedimento di formazione del contratto, con la subordinazione della conclusione del contratto al ricevimento da parte del consumatore dell’accettazione dell’ordine del prestatore (art. 13, 2° comma, D.lgs. 70/2003): “il prestatore deve accusare ricevuta dell’ordine del destinatario, senza ingiustificato ritardo e per via telematica; e aggiunge che “la ricevuta deve contenere tutti gli elementi essenziali applicabili al contratto”.

D’altronde, la tesi sarebbe suffragata dagli obblighi informativi imposti a carico del prestatore/operatore anche dal d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, meglio noto come Codice del consumo proprio in materia di modalità di conclusione del contratto a distanza da parte del consumatore, dall’espresso richiamo agli obblighi informativi aggiuntivi previsti dal d.lgs.

¹⁵ A. Zanobetti, “legge applicabile al commercio elettronico: strumenti internazionali e comunitari”, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2000, p. 661.

¹⁶ Alberto Maria Benedetti- la “conferma d’ordine” nella formazione del contratto telematico, IV Congresso Naz. Consiglio Nazionale Forense, marzo 2009.

¹⁷ All’articolo 12, si disciplina l’ambito dell’offerta al pubblico, proposta contrattuale che richiede un’accettazione. In essa è fatto obbligo di indicare: le varie fasi tecniche che occorre rendere noto all’altra parte per giungere alla conclusione del contratto; il modo di correggere gli errori prima di inoltrare l’ordine; gli eventuali codici di condotta cui si aderisce e come accedervi per via telematica; le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all’italiano; il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso; l’indicazione degli strumenti di composizione delle controversie. Ricordando che tali regole hanno carattere imperativo per i contratti conclusi con i consumatori – diverso è il caso di due imprenditori che possono fissare regole di formazione dei negozi tra loro conclusi on-line diverse da quelle prefigurate.

70/2003¹⁸ trattandosi di commercio elettronico e, soprattutto, dal disposto dell'art. 53 co. 1, che prevede l'invio di una conferma al consumatore, delle informazioni previste dall'articolo 52 comma 1, prima od al momento della esecuzione del contratto.

Infatti, il Codice del consumo definisce il contratto telematico come una fattispecie contrattuale a distanza la cui conclusione è subordinata all'adempimento, da parte del prestatore/operatore, di specifici obblighi informativi¹⁹ a tutela del consumatore, ovvero della "persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta"²⁰.

Secondo Benedetti, per non vanificare le finalità di tutela del consumatore della norma in esame (come sarebbe ove si considerasse l'invio della ricevuta un onere successivo alla conclusione del contratto), non può che concludersi nell'individuare l'obbligo della ricevuta che grava sul prestatore, come l'atto conclusivo dell'iter formativo del contratto²¹: **il contratto può dirsi concluso nel momento in cui il consumatore riceve la conferma dell'accettazione dell'ordine.**

D'altra parte, proprio con riferimento alla direttiva sul commercio elettronico, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta, con la sentenza del 16 ottobre 2008²² per rafforzare ulteriormente la protezione dei consumatori che stipulano contratti in rete stabilendo un obbligo per i prestatori di servizi di fornire più elementi di contatto con il cliente, ancor prima della conclusione del contratto²³.

¹⁸ L'art. 52 c. 5 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 Codice del Consumo (Gazzetta Ufficiale del 8 ottobre 2005, n. 235 S.O. n. 162).

¹⁹ Tali informazioni obbligatorie che il consumatore deve ricevere "in tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza", concernono in particolare: l'identità e l'indirizzo del professionista; le caratteristiche e il prezzo del bene o del servizio; le spese di consegna e le modalità dell'esecuzione del contratto; il diritto di recesso e la sua esclusione; i costi della tecnica utilizzata e la durata del contratto. Le informazioni devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla comunicazione a distanza (art. 52 Codice del consumo).

²⁰ Per consumatore o utente va intesa "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta" (art. 50, lett. a, Codice del consumo). La definizione di consumatore portata dall'art. 2 D.Lgs. n. 70/2003 appare un po' più ampia e ricomprende utenti eterogenei «con finalità non riferibili all'attività commerciale, imprenditoriale o professionale eventualmente svolta» accomunati esclusivamente dall'uso dello strumento telematico nello svolgimento dell'attività contrattuale posta in essere.

²¹ "Il contratto si conclude solo se e quando il consumatore riceve la conferma dell'ordine; ed in questo senso, del resto, depone la stessa prassi commerciale, la quale mostra come sovente, se non sempre, l'acquirente sa che solo con la conferma dell'ordine il suo impegno sarà definitivo (omissis). A.M. Benedetti, già cit.

²² procedimento C-298/07, causa Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV/Contro deutsche internet versicherung AG.

²³ Secondo la Corte di Giustizia, la tutela «deve essere assicurata in ogni stadio dei contatti tra il prestatore dei servizi e il destinatario del servizio», che deve essere in grado di valutare le conseguenze derivanti dalla conclusione del contratto e di evitare ogni errore anche nella stessa fase di stipulazione avendo a disposizione un mezzo non elettronico come il contatto telefonico, che è uno strumento rapido, diretto ed efficace, supplementare rispetto all'indirizzo e-mail. "L'art. 5, n. 1, lett. c), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»), deve essere interpretato nel senso che il prestatore di servizi è tenuto a fornire ai destinatari del servizio, sin da prima di qualsiasi stipulazione di contratto con questi ultimi, oltre al suo indirizzo di posta elettronica, altre informazioni che consentano una presa di contatto rapida nonché una comunicazione diretta ed efficace. Tali informazioni non debbono obbligatoriamente corrispondere ad un numero di telefono. Esse possono consistere in una maschera di richiesta di informazioni elettronica, tramite la quale i destinatari del servizio possono rivolgersi via Internet al prestatore di servizi e alla quale quest'ultimo risponde per posta elettronica, fatte salve situazioni in cui un destinatario del servizio, che, dopo la presa di contatto per via elettronica con il prestatore di servizi, si trovi privato dell'accesso alla rete elettronica, chieda a quest'ultimo l'accesso ad una via di comunicazione non elettronica".

Tornando alla fattispecie del contratto per la partecipazione al gioco tramite Internet che qui ci interessa, va rilevato come la direttiva sul commercio elettronico ed il suo atto di recepimento escludono espressamente dal proprio campo di applicazione, per la loro specificità, i giochi d'azzardo²⁴ intesi come “i giochi di fortuna, le lotterie e le scommesse che comportano una posta pecuniaria”²⁵.

Ciò nonostante, a parere di chi scrive, la tesi sopra delineata può ritenersi appropriata anche con riguardo alla possibilità, per i concessionari dello Stato Italiano, di concludere il contratto per la partecipazione al gioco “anche con modalità telematiche”, sancito dalla Legge Comunitaria per il 2008, attraverso l'applicazione della disciplina del Codice del Consumo.

Al contrario dei contratti B2B ove la trattativa è alla base della conclusione contrattuale, **nell'ambito del B2C prestatore di servizio e consumatore non negoziano le clausole contrattuali e quest'ultimo può soltanto decidere se accettare di acquistare il prodotto o il servizio alle condizioni del produttore**, abitualmente attraverso la compilazione di una pagina telematica²⁶.

Ora, l'intento è quello di proteggere i consumatori, quali contraenti “deboli” rispetto al mondo dell'impresa, al fine di garantire loro la conoscenza o conoscibilità delle fasi della negoziazione e conclusione dei contratti anche al fine di ridurre la c.d. “disparità tecnologica” tra i contraenti, non essendo raro che chi naviga nel web non abbia una sufficiente capacità di comprensione della tecnologia che pur utilizza²⁷.

Lo schema di contratto di conto di gioco che l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato impone ai concessionari sembra avallare tale opzione, ove considera che “ il contratto può

²⁴ L'esclusione dei giochi d'azzardo che implicano una posta pecuniaria in giochi di fortuna, comprese le lotterie e le scommesse dall'ambito di applicazione della direttiva sul commercio elettronico non implica di per sé che questi non siano servizi della società dell'informazione; anzi l'art. 1 comma 5 della direttiva considera i giochi una “attività dei servizi della società dell'informazione”. Al considerando (16), l'esclusione dei giochi d'azzardo dal campo d'applicazione della presente direttiva riguarda soltanto i giochi di fortuna, le lotterie e le scommesse che comportano una posta pecuniaria. Essa non riguarda le gare promozionali o i giochi che hanno l'obiettivo di incoraggiare la vendita di beni o servizi e in cui gli eventuali pagamenti servono unicamente ad acquisire i beni o servizi promossi. Grazie all'intervento interpretativo della Corte di Giustizia, il gioco d'azzardo è stato definito come un'attività che consiste nel permettere di offrire ai partecipanti, dietro corrispettivo, una speranza di vincita in denaro; cfr. per tutte, Corte di Giustizia, sentenza 11 settembre 2003, C-6/01, Anomar, p. 47 e p. 55 e 56, che parte dal presupposto che tutti i giochi di sorte o d'azzardo sono rappresentati dalla fornitura a pagamento di un servizio determinato e la prospettiva di un guadagno in denaro e devono essere qualificati come attività economiche. Tale esclusione si ritrova in seno alla direttiva relativa ai servizi nel mercato interno 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 (Gazzetta ufficiale n. L 376 del 27/12/2006 pag. 0036 – 0068), meglio nota come direttiva Bolkenstein, tenuto conto della loro specificità “(25) È opportuno escludere dal campo d'applicazione della presente direttiva i giochi con denaro, ivi comprese le lotterie e le scommesse, tenuto conto della natura specifica di tali attività che comportano da parte degli Stati membri l'attuazione di politiche di ordine pubblico e di tutela dei consumatori”.

²⁵ Alcuni Stati membri come la Spagna, Austria, Lussemburgo hanno escluso il gioco d'azzardo unicamente dal campo d'applicazione del principio del mercato interno, con l'effetto che altre sezioni dei rispettivi provvedimenti nazionali di recepimento della direttiva sul commercio elettronico si applicano pienamente alla fornitura di servizi di gioco d'azzardo a distanza.

²⁶ Vedasi anche la direttiva Ue 93/13 DIRETTIVA 93/13/CEE DEL CONSIGLIO del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori *GU L 95 del 21.4.1993, pagg. 29 : 34* “considerando che normalmente i consumatori non conoscono le norme giuridiche che disciplinano, negli Stati membri diversi dai loro, i contratti relativi alla vendita di beni o all'offerta di servizi; che tale ignoranza può distoglierli dalle transazioni dirette per l'acquisto di beni o la prestazione di servizi in un altro Stato membro”.

²⁷ CAMARDI, «Metodi “alternativi” di soluzione delle controversie: diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche», in Europa e dir. priv., 2004, 573.

essere concluso anche con modalità telematiche, nel rispetto dei criteri definiti dagli artt. 52 e 53 del d. lgs. n. 206 del 2005 (omissis). “

L'art. 53 del Codice del Consumo impone la ricezione da parte del consumatore, della conferma, del prestatore di servizio “per iscritto o, a sua scelta, su altro supporto duraturo a sua disposizione ed a lui accessibile, di tutte le informazioni previste dall'articolo 52, comma 1, prima od al momento della esecuzione del contratto”.

Peraltro, appare utile notare come, con riguardo al commercio elettronico, l'art. 52 del Codice del Consumo stabilisce, quali obblighi informativi aggiuntivi dovuti dal prestatore, le informazioni previste dall'articolo 12 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70.

Ad avviso di chi scrive, quindi, la determinazione del momento conclusivo del contratto per la partecipazione al gioco tramite Internet deve intendersi alla ricezione, da parte del consumatore, della conferma per iscritto o su altro supporto da lui scelto, delle informazioni di cui all'art. 52 del Codice del Consumo²⁸.

V'è da dire che, in ogni caso, l'offerta da parte dei concessionari, anche esteri, dello Stato italiano, è assoggettata all'applicazione della legge italiana al contratto di partecipazione e del foro competente del giocatore, in virtù degli artt. 63 e seg. del d. lgs. n. 206 del 2005 appositamente richiamato dall'Amministrazione dei Monopoli di Stato.

La questione assume diverso e maggiore rilievo nel caso di offerta “patologica” ovvero nel caso in cui ai giocatori residenti in Italia vengano offerte, illegalmente, forme di gioco da operatori non concessionari, con sedi e infrastrutture situate all'estero.

Al fine di assicurare una tutela per il giocatore-consumatore allorché questi “concluda” un contratto per la partecipazione al gioco “on-line” con tale operatore, in virtù delle considerazioni sopra richiamate, non vi è dubbio che, **il contratto di partecipazione al gioco via internet**, sia esso offerto da concessionari dello Stato italiano o operatori non concessionari con sedi e infrastrutture situate all'estero, **si conclude sempre sul territorio italiano**.

II. La legge applicabile e considerazioni conclusive

Ma cosa succede invece quando l'offerta di gioco ai giocatori residenti in Italia avviene senza la sottoscrizione di un contratto quadro di apertura di un conto di gioco con l'operatore non concessionario con sede e infrastrutture situate all'estero?

²⁸ L'art. 52 comma 1 recita: 1. In tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere le seguenti informazioni:

- a) identità del professionista e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, l'indirizzo del professionista;
- b) caratteristiche essenziali del bene o del servizio;
- c) prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse e le imposte;
- d) spese di consegna;
- e) modalità del pagamento, della consegna del bene o della prestazione del servizio e di ogni altra forma di esecuzione del contratto;
- f) esistenza del diritto di recesso o di esclusione dello stesso, ai sensi dell'articolo 55, comma 2;
- g) modalità e tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso;
- h) costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base;
- i) durata della validità dell'offerta e del prezzo;
- l) durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica.

Un caso è stato recentemente portato dinanzi al Consiglio di Stato: un operatore tedesco, privo di titoli autorizzatori e concessori per operare sul territorio italiano, raccoglieva il gioco del Superenalotto attraverso Internet, successivamente presentando la giocata e provvedendo a ritirare la ricevuta di gioco, quindi procedendo ad incassare la vincita presso la ricevitoria autorizzata ed a trasmetterla al vincitore.

In questo caso, la suprema autorità amministrativa ha ritenuto che “l’offerta on line si perfeziona nel territorio della Repubblica per il solo fatto dell’accettazione, da parte del cliente giocatore, della procedura informatica e dell’attivazione stessa (omissis)”.

Con specifico riferimento al gioco del Superenalotto, la cui “messa a disposizione” corrisponde, ad avviso del Consiglio di Stato, alla prestazione dell’offerta di giocare nonché ad una forma di intermediazione nella raccolta dello stesso, è stato considerato che: “Il luogo di conclusione del contratto è indubbiamente correlato al momento della accettazione e dell’incasso della puntata e l’attività di raccolta di puntate rientra nell’esercizio di scommesse dal momento che proprio l’incasso (materiale e giuridico) della puntata in territorio italiano determina la conclusione del relativo contratto secondo la fattispecie del contratto ad esecuzione immediata (art. 1327 c.c. ai sensi del quale, secondo gli usi e la richiesta del proponente, la prestazione viene immediatamente eseguita senza preventiva risposta).²⁹”

L’applicazione della teoria giurisprudenziale innanzi detta presume, tuttavia, una valutazione del *momentum* di accettazione e incasso della puntata che, con riferimento alle diverse tipologie di giochi, potrebbe variare sensibilmente. Si pensi ai giochi di abilità ovvero dei giochi di sorte a quota fissa e dei giochi di carte organizzati in forma diversa dal torneo con partecipazione tramite Internet³⁰.

A livello europeo, l’incertezza espressa sul momento ed il luogo della conclusione delle obbligazioni contrattuali, anche a distanza, come il singolo contratto di gioco, per individuare la legge applicabile al contratto, deve intendersi superata.

Infatti, pur non esistendo, come noto, in materia di giochi e scommesse, una armonizzazione normativa europea, al settore, escluso da alcuni importanti interventi del legislatore europeo come la direttiva sul commercio elettronico, poc’anzi richiamata, sono, tuttavia, indubbiamente applicabili alcuni interventi comunitari di rilievo.

E’ il caso del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) entrato in vigore il 17 dicembre 2009³¹. Tale atto fa seguito al programma dell’Aia adottato dal Consiglio Europeo³² che auspicava una armonizzazione delle regole di conflitto di leggi tra gli Stati membri dell’Unione europea alle obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale³³ e sostituisce nei confronti

²⁹ Consiglio di Stato decisione n. 3501/2009 del 19 maggio 2009.

³⁰ A parere di chi scrive, ai sensi del decreto 10 gennaio 2011 (GURI n. 27 del 3.2.2011) di disciplina dei giochi di abilità nonché dei giochi di sorte a quota fissa e dei giochi di carte organizzati in forma diversa dal torneo con partecipazione a distanza, si può parlare di equivalente di puntata da parte del giocatore nei giochi di abilità, quando questi compra il suo diritto di partecipazione. Per gli altri giochi, si considererà la puntata (e non il diritto di partecipazione ovvero la posta portata al tavolo).

³¹ GUUE L177/6 - 4.7.2008.

³² GUCE C 53 del 3.3.2005 pg. 1 – 5 novembre 2004.

³³ Sono quindi escluse le obbligazioni extracontrattuali, già oggetto del regolamento n. 864/2007 dell’11 luglio 2007, in vigore dall’11 gennaio 2009 («Roma II»).

di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea ad esclusione della Danimarca, la Convenzione di Roma³⁴ del 19 giugno 1980.

Il regolamento si applica, in circostanze che comportino un conflitto di leggi, alle obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale ed il settore dei giochi non rientra nelle esclusioni dal suo ambito di applicazione³⁵.

Per la fattispecie che qui interessa, il Regolamento chiarisce che un contratto concluso da una persona fisica per un uso che può essere considerato estraneo alla sua attività commerciale o professionale - come il consumatore-giocatore appunto - in virtù dell'art. 6 par. 1, **“è disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale³⁶, a condizione che il professionista a) svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale; o b) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo; e il contratto rientri nell'ambito di dette attività”**.

Ora, a parere di chi scrive, un sito Internet può facilmente realizzare una forma di indirizzamento delle proprie attività commerciali, con la conseguenza che deve ritenersi applicabile la legge della residenza abituale del giocatore-consumatore telematico³⁷.

³⁴ Già la Convenzione di Roma, ancora applicabile tra quei Stati firmatari che non sono parte dell'Unione Europea, chiariva, nel caso di vendita di beni mobili materiali o servizi, se vi è stata una forma di pubblicità nel paese del consumatore e questi ha compiuto nel proprio paese gli atti necessari alla conclusione del contratto, si devono rispettare le norme imperative e la giurisdizione del paese di residenza abituale del consumatore.

³⁵ Recita l'art. 2. Del Regolamento “Sono esclusi dal campo d'applicazione del presente regolamento:

- a) le questioni di stato e di capacità delle persone fisiche, fatto salvo l'articolo 13;
- b) le obbligazioni derivanti dai rapporti di famiglia o dai rapporti che secondo la legge applicabile a tali rapporti hanno effetti comparabili, comprese le obbligazioni alimentari;
- c) le obbligazioni derivanti da regimi patrimoniali tra coniugi, da regimi patrimoniali relativi a rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio, nonché dalle successioni;
- d) le obbligazioni derivanti da cambiali, assegni, vaglia cambiari e da altri strumenti negoziabili, nella misura in cui le obbligazioni derivanti da tali altri strumenti risultano dal loro carattere negoziabile;
- e) i compromessi, le clausole compromissorie e le convenzioni sul foro competente;
- f) le questioni inerenti al diritto delle società, associazioni e persone giuridiche, su aspetti quali la costituzione, tramite registrazione o altrimenti, la capacità giuridica, l'organizzazione interna e lo scioglimento delle società, associazioni e persone giuridiche e la responsabilità personale dei soci e degli organi per le obbligazioni della società, associazione o persona giuridica;
- g) la questione di stabilire se l'atto compiuto da un intermediario valga ad obbligare di fronte ai terzi il mandante, o se l'atto compiuto da un organo di una società, altra associazione o persona giuridica valga ad obbligare di fronte ai terzi la società, altra associazione o persona giuridica;
- h) la costituzione di «trust» e i rapporti che ne derivano tra i costituenti, i «trustee» e i beneficiari;
- i) le obbligazioni derivanti da trattative precontrattuali;
- j) i contratti di assicurazione che derivano da operazioni effettuate da soggetti diversi dalle imprese di cui all'articolo 2 della direttiva 2002/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 novembre 2002, relativa all'assicurazione sulla vita (1), aventi lo scopo di erogare ai lavoratori, dipendenti o non, riuniti nell'ambito di un'impresa o di un gruppo di imprese o di un settore professionale o interprofessionale, prestazioni in caso di decesso, in caso di vita o in caso di cessazione o riduzione d'attività, o in caso di malattia professionale o di infortunio sul lavoro.

³⁶ La nozione di residenza abituale viene definita all'art. 19 del Regolamento indica che il momento nel quale accertare la residenza abituale è quello della conclusione del contratto.

³⁷ Con sentenza pronunciata il 7 dicembre 2010, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è venuta a precisare come la semplice utilizzazione di un sito Internet da parte di un commerciante a fini commerciali non significa, di per sé, che la sua attività sia «diretta verso» altri Stati membri, il che determinerebbe, in quel caso, l'applicazione delle norme di competenza giurisdizionale di tutela previste dal regolamento 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. La Corte ha considerato che, ai fini dell'applicabilità di tali regole nei confronti dei consumatori di altri Stati membri, il commerciante debba aver manifestato la propria volontà di avviare relazioni commerciali con i consumatori medesimi. La Corte individua quindi gli indizi che consentono di dimostrare che il commerciante intendesse avviare rapporti commerciali con consumatori domiciliati in altri Stati membri. Tra tali indizi figurano le espresse manifestazioni della

Già in materia di contratti a distanza, la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997³⁸ riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza sancisce: “Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della tutela assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legge di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno o più Stati membri” .

Inoltre, l’eventuale applicazione di una legge diversa non deve privare il consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non sia permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile secondo i suddetti criteri : l’art. 9 par. 1 del Regolamento fa salva l’applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro che devono essere obbligatoriamente applicate in ragione dello scopo da esse perseguito, trattasi di disposizioni «il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica», da attuare in ogni caso, a prescindere dalla legge applicabile al contratto.

La tutela dei diritti attribuiti al consumatore che conclude contratti a distanza si ritrova anche nell’ambito della direttiva sul commercio elettronico più volte richiamata, che sancisce come essa “non possa avere l’effetto di privare il consumatore della tutela di cui gode in virtù di norme obbligatorie in materia di obbligazioni contrattuali previste dalla legge dello Stato membro in cui ha la residenza abituale”³⁹.

Nel caso di offerta transfrontaliera di gioco tra un operatore non concessionario con sede ed infrastruttura in ambito europeo ed un consumatore residente in Italia, l’applicazione di una legge diversa da quella italiana porterebbe all’assurda conseguenza di ritenere che lo Stato non possa opporsi all’offerta indirizzata a soggetti residenti e domiciliati nel proprio Paese, da parte di un sito web di tipologie di giochi vietati, da parte di un soggetto che abbia sede in uno Stato in cui la vendita di tali beni o servizi è legalizzata.

volontà del commerciante di avviare rapporti commerciali con tali consumatori, ad esempio, offrendo i propri servizi o i propri beni in più Stati membri specificatamente indicati o impegnando risorse finanziarie in un servizio di posizionamento su Internet presso il gestore di un motore di ricerca al fine di facilitare ai consumatori domiciliati in detti Stati membri differenti l’accesso al proprio sito. Altri indizi meno evidenti, eventualmente combinati gli uni con gli altri sono parimenti idonei a dimostrare la sussistenza di un’attività «diretta verso» lo Stato membro di domicilio del consumatore. Si tratta, in particolare, della natura internazionale dell’attività, propria di talune attività turistiche, la menzione di recapiti telefonici con indicazione del prefisso internazionale, l’utilizzazione di un nome di dominio di primo livello diverso da quello dello Stato membro in cui il commerciante è stabilito (ad esempio: «.de») o, ancora, l’utilizzazione di nomi di dominio di primo livello neutri (quali «.com» o «.eu»), la descrizione di itinerari a partire da uno o più altri Stati membri verso il luogo della prestazione dei servizi nonché la menzione di una clientela internazionale composta da clienti domiciliati in Stati membri diversi, in particolare mediante la presentazione di testimonianze provenienti dai clienti medesimi. Parimenti, qualora il sito Internet consenta ai consumatori di utilizzare un’altra lingua o un’altra moneta rispetto a quelle abitualmente utilizzate nello Stato membro del commerciante, tali elementi possono parimenti costituire indizi volti a dimostrare l’attività transfrontaliera del commerciante stesso.

38 Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza - Dichiarazione del Consiglio e del Parlamento europeo sull’articolo 6, paragrafo 1 GU L 144 4.6.1997 p. 19, oggetto di una proposta di revisione nell’ambito di una direttiva sui diritti dei consumatori (Com -2008 614 final).

³⁹ Considerando 11 direttiva lascia impregiudicato “il livello di tutela, in particolare, della sanità pubblica e dei consumatori garantito dagli strumenti comunitari. Tra le altre la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (1), e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori a distanza (2), costituiscono un’acquisizione essenziale per la tutela del consumatore in materia contrattuale e devono continuare ad applicarsi integralmente ai servizi della società dell’informazione. Fanno parte dell’*acquis* comunitario (...)”.

Invero, alla luce delle considerazioni svolte, le soluzioni prospettate per l'offerta di gioco "on-line" non mirano ad ostacolare lo sviluppo di questa forma specifica di commercio elettronico⁴⁰, bensì a garantire una maggiore tutela del consumatore giocatore ed una sana e leale concorrenza tra gli operatori attivi nel comparto in linea.

Questi aspetti costituiscono i pilastri dell'impianto normativo nazionale, avuto riguardo, in particolare, alle novità introdotte dalla Legge Comunitaria per il 2008 per il settore dell'"on-line" nonché temi centrali nel dibattito aperto a livello europeo dal rapporto del Parlamento Schaldemose⁴¹ alla consultazione lanciata dalla Commissione con il Libro Verde sul gioco d'azzardo on-line nel mercato interno, in una dimensione elettronica dei giochi ormai internazionale.

⁴⁰ Rilevava Zanobetti, "se tutte le ipotesi di contratti conclusi in rete da consumatori fossero sottoposti alla legge del paese di residenza del consumatore, o quanto meno alle norme imperative di tale paese, questo potrebbe costituire un ostacolo allo sviluppo del commercio elettronico", ope. cit.

⁴¹ Relazione di Christell SCHALDEMOSE 10 marzo 2009 (PSE/DK) adottata dal Parlamento con 544 voti favorevoli, 36 contrari e 66 astensioni.