

DANIELE CORVI^(*)

IL CONTRATTO DI SCOMMESSA TRA ALEATORIETÀ E COVID-19

Abstract: The betting contract is a random contract both as can be deduced from the provisions of the civil code and in the most recent online forms. The alea is the structural element that qualifies it as such. Following the Covid 19 pandemic, this type of contract has been affected and in this regard the legal effects that arise.

SOMMARIO: 1. Alea e contratto di scommessa. – 2. Lotterie autorizzate e casi particolari. – 3. Le scommesse *on line*: le scommesse a palinsesto aperto. – 4. Covid-19 e scommesse.

1. — *Alea e contratto di scommessa.*

La scommessa 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⁽¹⁾. 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

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Cfr. L. BUTTARO, *Del gioco e della scommessa*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1959, p. 71; M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2003, p. 2; Trib. Palermo, Sez. III, 5 agosto 2020 (n. 2509).

sono a conoscenza del risultato dell'evento⁽²⁾. 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 della vincita di una somma percentualmente maggiore della posta giocata, a seconda dell'esito dell'evento⁽³⁾. L'alea costituisce dunque un ruolo assorbente o esclusivo, essendo fine a sé stessa e il contratto si basa proprio sull'esito di una competizione o semplicemente della sorte⁽⁴⁾. 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 e sia, per legge o per volontà delle parti, elemento essenziale del sinallagma stesso⁽⁵⁾.

L'alea sta ad indicare genericamente il rischio inerente ad ogni operazione contrattuale/negoziale, relativo alle variazioni di costi e valori delle prestazioni e sono due i tipi di rischio contrattuale a cui allude il termine suddetto: il rischio in senso stretto (alea normale del contratto) e il rischio come causa del negozio (alea giuridica)⁽⁶⁾. Il primo, definito alea normale del contratto, rappresenta una novità introdotta per la prima volta nel nostro ordinamen-

⁽²⁾ E. VALSECCHI, G. PIOLETTI, *Giocchi e scommesse*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 49; Trib. Cosenza, 15 novembre 2018 (n. 2434); Trib. Gorizia, 17 ottobre 2018 (n. 442); Cass., 2 dicembre 1993, n. 11924.

⁽³⁾ Cass., 4 gennaio 1993, n. 10; Cass., 30 agosto 2004, n. 17399; Cass., 28 febbraio 2013, n. 5050; C. CHIARIELLO, *Una lettura costituzionalmente orientata delle sanzioni sul gioco lecito* (nota a Trib. Brescia, 12 settembre 2017), in *Giust.Amm.it*, 2017, 4; R. CHIEPPA, *Scommesse sportive e rischio di manipolazione delle competizioni sportive*, in *Riv. dir. sportivo*, 2017, p. 271; N. COGGIOLA, *Il doppio azzardo del giocatore: in contratti di gioco e scommessa in dottrina e in giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 75

⁽⁴⁾ M. PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, Torino, 2006, p. 545.

⁽⁵⁾ Cass., 28 febbraio 2013, n. 5050; Cass., 30 agosto 2004, n. 17399. C.A. FUNAIOLI, *Debiti di giuoco o di scommessa: in particolare obbligazioni naturali da scommessa e rilevanza dei vizi della volontà*, in *Studi in onore di Francesco Messineo*, Milano, 1959, p. 170; E. MOSCATI, *Le obbligazioni naturali*, in *Fonti legali e fonti private delle obbligazioni*, Padova, 1999.

⁽⁶⁾ G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 74; D. CORVI, *Alea tra legge e mercato*, Napoli, 2016, p. 7; A. MUSIO, *Gioco autorizzato e rimedi civilistici*, Napoli, 2020, p. 73.

to giuridico dall'art. 1467, 2° comma, c.c. del 1942⁽⁷⁾. Con esso si allude al grado di incertezza economica naturale e implicito in tutti i contratti, che può rendere più o meno vantaggiosa per una parte o per l'altra una determinata operazione economica, ma che non incide sulla predeterminazione delle rispettive prestazioni e ricade interamente sulla parte. Il secondo allude invece al fattore di incertezza non solo economica ma anche giuridica che caratterizza i cosiddetti contratti aleatori, in cui non è incerta soltanto la convenienza dell'operazione economica posta in essere dalle parti, ma la stessa prestazione che una o entrambe dovranno eseguire: la scommessa rientra in questa seconda tipologia. In genere tutti i contratti, come tutti gli affari, sono caratterizzati da un'alea, cioè da un rischio, nel senso che fanno correre un rischio economico ai contraenti⁽⁸⁾. La differenza tra le due specie di alee (normale e giuridica) è stata individuata dalla dottrina nel senso che il rischio economico in senso stretto è quello che incide sul valore economico di una prestazione già determinata e il rischio economico rileva attraverso la risoluzione del rapporto negoziale quando consegua da eventi straordinari e imprevedibili ed ecceda un ambito di normalità⁽⁹⁾; l'alea giuridica, invece, riguarda l'esistenza stessa della prestazione oppure la determinazione e un eventuale aggravamento da essa dipendente incontra la risoluzione a causa della natura del contratto aleatorio. In tal senso l'esito incerto di un risultato sportivo di una scommessa fa sì che questo renda aleatorietà la prestazione a vantaggio di una parte o dell'altra.

La figura del contratto aleatorio è comunemente indicata come specie dei contratti a titolo oneroso⁽¹⁰⁾: più raramente lo si trova considerato come

⁽⁷⁾ Cfr. A. GAMBINO, *La assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Napoli, 2015; L. BUTTARO, *L'interesse nell'assicurazione*, Milano, 1954.

⁽⁸⁾ V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 2008, p. 331.

⁽⁹⁾ A. BOSELLI, *Rischio, alea e alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 776; L. BUTTARO, *Contratto di giuoco e contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 50; E. GABRIELI, *Alea e rischio nel contratto*, Urbino, 1997, p. 44.

⁽¹⁰⁾ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1959, p. 219; L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 83; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, 1948, p. 302; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, p. 123.

una specie di contratto a prestazioni corrispettive⁽¹¹⁾. Ma anche chi propone questa classificazione non si sottrae alla forza della tradizione e definisce il contratto aleatorio mediante gli elementi del vantaggio patrimoniale e dell'onere correlativo, cioè per mezzo dei concetti che sono tradizionalmente utilizzati per caratterizzare i contratti a titolo oneroso, contrapposti ai contratti a titolo gratuito (vantaggi e oneri patrimoniali reciproci negli uni e non negli altri)⁽¹²⁾. Si dice, infatti, che nei contratti aleatori sarebbe impossibile valutare, al momento della stipulazione del contratto, questa relazione di reciprocità tra vantaggi e oneri: sarebbe cioè ignoto, se il contraente, in dipendenza di un determinato evento incerto, conseguirà dal contratto un vantaggio o piuttosto un effetto patrimoniale sfavorevole. I contraenti affidano all'alea la speranza di un favorevole risultato economico, assumendo quello che appunto è definito rischio.

Accanto a questa concezione tradizionale, fondata tendenzialmente sull'incertezza del risultato economico del contratto, va delineandosi un'altra tendenza, la quale, rilevando che in tutti i contratti, certi ed aleatori, i contraenti non fanno quale sia l'entità del loro sacrificio (che, cioè, un rischio ricorre in tutti i contratti); lavorando sulla distinzione tra alea normale (art. 1467 c.c.) e giuridica ed approfondendo la nozione di contratto aleatorio per volontà di parti (art. 1469 c.c.), perviene a restringere la portata della categoria ed a mutarne il connotato tipico, ravvisandolo nell'incidenza dell'evento incerto sull'esistenza o sulla determinazione di una prestazione⁽¹³⁾. L'alea si

⁽¹¹⁾ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 622. Considerava i contratti aleatori come una sottocategoria dei contratti bilaterali E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1920, p. 251. M. ALLARA, *La vendita. Corso di diritto civile*, 1946-47, p. 86, riferisce la distinzione contratto aleatorio e commutativo (certo) ad entrambe le ripartizioni, oneroso e gratuito, a prestazioni e senza prestazioni corrispettive

⁽¹²⁾ Cfr. A. PALAZZO, S. MAZZARESE, *I contratti gratuiti*, Torino, 2008, p. 19.

⁽¹³⁾ Già degli spunti in D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, pp. 297 e 426; A. PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, p. 71; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958, p. 465; G. ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, Pavia, 1954, p. 356; G. AULETTA, *Risoluzione e rescissione dei contratti (rass. di giur.)*, II, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 170 ss.; ma, in particolare A. DALMARTELLO, *Adempimento e inadempimento nel contratto di rapporto*, Padova, 1958, p. 329, nt. 173-bis; e T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di bor-*

presenta dunque nel senso più comprensivo, come quell'evento incerto che può influire sull'economia contrattuale, relativamente alla variazione di costi e valori delle prestazioni⁽¹⁴⁾.

La ricostruzione delle diverse tipologie di alea e la definizione del contratto aleatorio appaiono facilitate nel nostro sistema dall'assenza di una nozione codificata di contratto aleatorio; è possibile infatti disegnare una categoria dai confini rigorosi senza preoccuparsi di incerti dati testuali. Così, l'interprete deve verificare se esista una nozione giuridica di alea e individuarne lo statuto; oppure, se l'alea sia un concetto irrilevante, di per sé stesso, per il diritto; o ancora rappresenti una sintesi verbale di problematiche differenti e, talvolta, discordanti, riconducibili ad una pluralità di fattispecie, variamente disciplinate dal legislatore.

Oltre all'aleatorietà, la dottrina ravvisa nella scommessa l'intento ludico, proprio perché volto a realizzare una funzione frivola tra l'illiceità cui l'ordinamento appronta la sanzione della nullità e la piena meritevolezza, non ravvisando nella scommessa né illiceità né immoralità, ma solamente mancanza di utilità sociale⁽¹⁵⁾. Se la scommessa è proibita, *ex art. 721 c.p.*, il

sa, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, I, p. 435 ss. Incerto il pensiero di G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951, p. 253 ss. Cfr. pure R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1024 ss., ove non mancano spunti nel senso della concezione più moderna, per quanto in sostanza sia riaffermato il concetto tradizionale di contratto aleatorio.

⁽¹⁴⁾ Si deve poi tenere presente la tendenza che accentua, nella nozione di contratto aleatorio, l'aspetto della cosiddetta "assunzione del rischio", per altro non sfuggendo agli influssi dell'opinione tradizionale: cfr. A. BOSELLI, *Le obbligazioni fondamentali del contratto aleatorio*, Milano, 1949, p. 596 ss.; ID., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, p. 171 ss.; L. BUTTARO, *In tema di giuoco*, cit., p. 403 ss.; E. VALSECCHI, *Giuoco, scommessa e transazione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1954, p. 28.

⁽¹⁵⁾ Che non si tratti soltanto di un problema di considerazione quanto piuttosto di rilevanza sociale e meritevolezza di tutela degli interessi è confermato da G.H. TREITEL, *An outline of the law of contract*, London, 1995, p. 37, il quale afferma che la nullità delle promesse di entrambe le parti, comminata dal § 18 del *Gaming Act* 1845, nel caso di gioco e scommessa si basa «on the different policy grounds, which, in each of the situations discussed, invalidate the promise or promises in question». Il *Gaming Act* 1845 *sect.* 18, sancisce infatti un'ipotesi di *statutory illegality*, secondo la quale sono nulli i contratti di gioco o scommessa e non si può recuperare quanto prestato in adempimento degli stessi; per il nostro sistema D. CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 495 ss.

negozio è illecito e nessun diritto sorge a favore del vincitore, il quale è tenuto a restituire ciò che il perdente abbia eventualmente pagato. Se, invece, è lecita il vincitore non ha azione, ma il perdente non può ripetere quanto abbia spontaneamente pagato. L'azione è, invece, ammessa se si tratti di scommesse relative a competizioni sportive o di lotterie autorizzate⁽¹⁶⁾. La scommessa è disciplinata agli articoli 1933, 1934 e 1935 del codice civile al capo intitolato del giuoco e della scommessa. Giuoco e scommessa vengono quindi individuati nel codice come un'unica categoria e il codice non dà una definizione di tale distinzione, ma si limita a stabilire all'art. 1933 che, salvo nelle ipotesi in cui sia stata presente una frode o che lo scommettitore sia un'incapace, il perdente che ha pagato non può esigere la restituzione di quanto eventualmente pagato e, nello stesso tempo, il vincitore non può quindi costringere nemmeno in via giudiziale al pagamento l'altra parte. Si configurano dunque entrambi come obbligazioni naturali, con l'eccezione rappresentata dagli articoli 1934 e 1935, che stabiliscono che nelle ipotesi di giuochi o scommesse relativi a competizioni sportive o a lotterie legalmente autorizzate si configurano delle obbligazioni perfette con la conseguenza che il vincitore ha diritto di agire in giudizio per ottenere quanto ha vinto, a meno che la posta in gioco sia ritenuta eccessiva dal giudice. La dottrina non ha mancato di interrogarsi sul fondamento della piena tutela riconosciuta ai debiti derivanti da competizioni sportive e ha tenuto conto sia del perseguimento dell'interesse generale alla tutela della salute dei cittadini, sia della rilevanza economica delle scommesse sportive, che possono costituire una notevole fonte di finanziamento per le organizzazioni sportive⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ A. GENTILI, *Il contratto di gioco e la scommessa*, in *Diritto civile* dir. da Lipari e Rescigno, Milano, 2009, p. 1031; P. GHIONNI, *Assegno bancario, funzione di garanzia e debiti di gioco*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, p. 349.

⁽¹⁷⁾ L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 6; propende per la finalità pubblica la giurisprudenza, C. Stato, 12 novembre 1993, n. 841, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 1478; per l'ente preposto alla regolamentazione dell'attività di scommesse sulle corse dei cavalli; e Tar Valle d'Aosta, 22 luglio 1992, n. 103, in *Trib. amm. reg.*, 1992, I, p. 3897, per l'attività delle case da gioco. Le scommesse organizzate e i concorsi pronostici, per il notevole numero di partecipanti e per l'entità degli interessi patrimoniali coinvolti non sono regolati in maniera analoga. La materia è disciplinata dal testo unico delle leggi di pubblica sicurezza

La distinzione fra gioco e scommessa è però un terreno su cui la dottrina ha dibattuto⁽¹⁸⁾. Le soluzioni proposte dalla dottrina tradizionale possono essere raggruppate in base a diversi criteri: dell'elemento soggettivo o dell'intento perseguito, per cui si avrà gioco nel caso in cui le parti si prefiggano l'obiettivo di divertirsi e/o guadagnare, mentre ci sarà scommessa, qualora si voglia dirimere o rafforzare un serio dissenso di opinione ovvero dallo spirito di puntiglio, il desiderio cioè della soddisfazione derivante dall'aver avuto ragione; della natura dell'evento per cui si avrà gioco se l'evento posto in condizione sia un gioco in senso tecnico, in caso contrario scommessa; dell'elemento oggettivo o della partecipazione o meno dei contraenti al verificarsi del risultato. Gioco e scommessa sono entrambi contratti aleatori nei quali l'oggetto dell'obbligazione non consiste in un dare o in un fare ma nell'assunzione di rischi contrapposti ed equivalenti. Lo scambio o la corrispettività nei contratti aleatori risiede quindi nella reciprocità del rischio che nel caso della scommessa è il frutto di una creazione artificiale. Il contenuto di tali contratti, individuato dalle disposizioni negoziali che definiscono il rapporto e le prestazioni delle parti, si specifica in un'attività agonistica o ludica e nella messa in palio di una posta economica. Assumono un ruolo di primo piano le regole del gioco che ne determinano la natura e costituiscono l'elemento fondamentale per valutare la conformità del gioco alla normativa vigente e l'assenza di frode. La dottrina prevalente sembra aderire a quest'ultima impostazione, distinguendo il gioco dalla scommessa in base alla fattiva partecipazione della parti alla determinazione dell'evento, per cui si ha gioco nel caso di una gara o una partita (o comunque un'attività di tipo competitivo) a contenuto sportivo o ricreativo in cui due o più persone si impegnano fattivamente puntando sull'esito della

e da alcune leggi speciali; si prevede la necessità di un'apposita autorizzazione all'esercizio dei giochi oltre all'approvazione dello specifico regolamento. Si discute se queste ipotesi di giochi e scommesse debbano rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 1935 c.c. e dell'art. 1934 c.c.

⁽¹⁸⁾ U. GUALAZZINI, *Giocchi e scommesse – a) Parte storica*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 31; A. FEDELE, *Gioco o scommessa?*, in *Riv. dir. comm.*, Milano, 1948, p. 2; L. BOLAFFIO, *Deposito preventivo delle poste nel gioco o nella scommessa*, in *Giur. it.*, 1923, I, c. 1; B. BELOTTI, *Gioco*, in *Dig. it.*, VI, Torino, 1907, p. 402.

gara una somma di denaro o altro bene⁽¹⁹⁾; scommessa nel caso di una contesa o sfida sulla verità di un fatto o di un'affermazione in ordine alla quale le parti pattuiscono una posta patrimoniale. Aderendo a tale teoria si avrà che la scommessa sarà sempre rilevante (tranne nel caso in cui la prestazione promessa non abbia carattere patrimoniale) mentre il gioco diverrà giuridicamente rilevante solo quando è fonte di obbligazioni di natura patrimoniale assumendo la cosiddetta veste di gioco interessato. D'altro canto come si è avuto modo di rilevare ancorché la dottrina sia prevalentemente orientata verso tale distinzione, comunque riconosce una limitatissima rilevanza all'attività del gioco e alle sue regole⁽²⁰⁾. Quest'ultime al limite rilevano come meri fatti, esterni al contratto, ed utili per l'individuazione del vincitore⁽²¹⁾. Il fatto che si pone in dubbio la rilevanza giuridica del giuoco rispetto alle scommesse comporta la conseguenza dell'inclusione del primo nel novero dei negozi. La tesi dottrina ha avuto adesione da parte di chi ha individuato le caratteristiche che confermano la natura extragiuridica del gioco⁽²²⁾ nella sua funzione, rivolta a procurare diletto e quindi inutile in senso economico, e nella sua struttura, consistente in una competizione a parti contrapposte, governata da regole rigide ed inderogabili, rivolte ad esprimere valori rilevanti esclusivamente nel suo ambito. La dottrina dianzi richiamata sottolinea come le caratteristiche sottese al gioco contrastano con l'essenza stessa del fenomeno giuridico nel quale sono intrinseci i caratteri della serietà ed utilità⁽²³⁾. Di converso, è stato

⁽¹⁹⁾ M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, cit., p. 47, osserva come la maggior parte della dottrina concordi sulla distinzione tra gioco e scommessa in base alla partecipazione ad esso dei contraenti, dal loro concorso al verificarsi dell'esito.

⁽²⁰⁾ L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 8.

⁽²¹⁾ In senso contrario C. FURNO, *Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 642.

⁽²²⁾ E. ALSECCHI, *Ginocchi e scommesse – b) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1975, p. 49.

⁽²³⁾ G. GIANDOMENICO, D. RICCIO, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, Torino, 2005, p. 135: la scommessa è sempre rilevante per il diritto, poiché essa ha sempre contenuto patrimoniale; mentre il gioco non sempre è rilevante per il diritto, ma solo quando esso diviene fonte di obbligazioni a contenuto patrimoniale (gioco patrimonializzato), cioè quando i contraenti-giocatori si accordano per pagare una posta al contraente-giocatore che risulterà vincitore alla gara.

sostenuto che qualora il risultato del gioco venisse assunto come oggetto di una previsione da parte di persone partecipanti ad esso o ad esso estraneo, e al risultato della previsione venisse subordinata un'attribuzione patrimoniale allora sorgerebbe quell'elemento utilitaristico – estraneo al gioco – costituente il contenuto del contratto di scommessa. Dunque, secondo questa teoria il gioco rappresenta il presupposto di fatto della scommessa dalla quale rimane distinto ed autonomo ovvero si pone in rapporto di strumentalità rispetto ad essa. Sotto tale ottica sarebbe concepibile un gioco senza la scommessa, compendiabile all'interno del cosiddetto "gioco disinteressato", facilmente individuabile ogni qual volta vi sia la semplice e libera espressione del proprio estro, e una scommessa senza gioco, rinvenibile nel cosiddetto "gioco interessato", quale può essere la scommessa legata ad una divergenza di opinioni non relativa a risultati di un gioco. Sintetizzando il gioco può essere definito una competizione con finalità ricreativa che si conclude con la vittoria di singoli o di gruppi secondo determinate regole, che non sono giuridiche e possono al più rilevare come presupposto di fatto per l'applicazione di regole giuridiche. Il debito di gioco è il debito avente ad oggetto la posta, cioè la somma di denaro o altro bene che un partecipante deve all'altro in base all'esito dell'attività ludica. La scommessa è, invece, la promessa di una somma di denaro o di altro bene a chi preveda esattamente un evento futuro ed incerto; tale evento può consistere anche nell'esito vittorioso di un gioco: in tal caso, peraltro, l'elemento prevalente è pur sempre quello della scommessa in quanto la somma è dovuta per l'indovinata previsione dell'evento e non come premio per la vittoriosa partecipazione all'attività del gioco⁽²⁴⁾.

Come detto, il rapporto tra la possibile vincita e la posta è chiamato quota. Ora, partendo dal fatto che la scommessa sorge come contratto bilaterale, è stato rilevato che tale contratto muterebbe struttura in fase di esecuzione, diventando unilaterale: solo uno dei contraenti – il perdente – effettua infatti la prestazione. L'evento aleatorio, dunque, determinerebbe, secondo questa ricostruzione, quale tra le parti otterrà un arricchimento e quale una perdita (alea indubbiamente bilaterale). In vista di quest'ultima circostanza

⁽²⁴⁾ E. VALSECCHI, G. PIOLETTI, *Giocchi e scommesse*, cit., p. 49.

è stata giustamente osservata l'inesattezza del rilievo sul mutamento strutturale rispetto alla tipica scommessa tra due persone⁽²⁵⁾: in questo caso nella scommessa è ravvisabile una situazione soggettiva d'incertezza in un'obbligazione alternativa. Ma questa configurazione non può essere attribuita anche alla scommessa nella quale la prestazione di una parte è determinata sin dal momento della conclusione del contratto e viene eseguita prima del verificarsi dell'evento incerto, mentre la prestazione dell'altra (organizzatore) deve essere eseguita solo se risulta perdente. Non è possibile ritenere che questo contratto sia fonte di un'obbligazione alternativa. Poiché la misura della prestazione che eseguirebbe l'organizzatore è diversa dalla misura della prestazione che esegue l'altra⁽²⁶⁾.

Una tendenza reputa che la scommessa bilaterale sia fondata di due obbligazioni corrispettive e reciprocamente condizionate. Ma per superare la considerazione che il contratto diverrebbe unilaterale in fase d'esecuzione e andando così a negare la configurazione della scommessa quale contratto a prestazioni corrispettive, si è ravvisata la prestazione degli scommettitori nella cosiddetta assunzione del rischio, la quale consente di ravvisare una controprestazione anche quando, verificatosi l'evento incerto, l'obbligazione del pagamento della posta, si sia concentrata a carico di uno solo dei contraenti⁽²⁷⁾. Lo sforzo di ampliare la nozione di prestazione pur di salvare la qualifica di contratto a prestazioni corrispettive, se si tiene presente la nozione di prestazione come risultato utile non appare convincente.

Ci si domanda, dunque, quale utilità conseguono i contraenti nella semplice ipotesi di scommessa (se non si accetta l'opinione che in essa ravvisa un'obbligazione alternativa) e nelle scommesse nelle quali una parte anticipa la posta e l'altra, cioè l'organizzatore, dovrà la posta, qualora si verifichi l'evento indicato da chi con lui ha scommesso. Sarebbe ravvisabile un'utilità solamente nella prestazione della posta, mentre invece, nella assunzione del

⁽²⁵⁾ L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 56.

⁽²⁶⁾ L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 56.

⁽²⁷⁾ A. BOSELLI, *Rischio, alea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 780 ss.; ID., *Le obbligazioni fondamentali*, *ivi*, 1949, p. 611; cfr. pure E. VALSECCHI, *Giuoco, scommessa e transazione*, cit., p. 29.

rischio non è ravvisabile alcuna utilità: l'eventualità per una parte di ricevere la posta non è altro se non un aspetto dell'obbligazione della controparte di pagare la posta e non è dunque ravvisabile una prestazione o una fase di prestazione. La conclusione con molta probabilità è questa: è errato concepire la scommessa come contratto a prestazioni corrispettive. In realtà nella scommessa, se si guarda al risultato finale tenuto presente dalle parti, che nello stipulare sanno che solo una parte si arricchirà a spese dell'altra, non c'è corrispettività. Il rapporto intercorrente tra le due promesse della posta, reciprocamente e inversamente condizionale dal medesimo evento, rende il contratto necessariamente unilaterale, benché l'alea è necessariamente bilaterale. Vi saranno un solo arricchimento e un solo depauperamento e questa considerazione può essere proiettata nelle disposizioni del codice civile, se ci si convince che il concetto di contratto a prestazioni corrispettive e quello di contratto unilaterale si imperniamo sull'elemento prestazione, cosicché per determinare se un contratto rientri nell'una o nell'altra categoria occorre accertare se esso comporti una prestazione o prestazioni reciproche (in senso finalistico).

Nella scommessa non sono ravvisabili prestazioni reciproche, quali risultati utili ed in ciò è ravvisabile la differenza dai contratti con prestazione di garanzia, nei quali la finalità consiste nella realizzazione di uno scambio. Classico esempio di quest'ultimo tipo è dato dalla prestazione dell'assicuratore con cui questo fa conseguire un'utilità all'assicurato anche indipendentemente dall'utilità che costui possa ottenere in virtù dell'indennità. Emerge da questa analisi una nozione di oggetto del contratto che dal legislatore è chiamata prestazione e che può esser meglio definita come risultato utile. A sua volta le nozioni di contratto con o senza prestazioni corrispettive coincidono con quelle di contratto con o senza risultati utili reciproci e le nozioni di contratto aleatorio e certo attengono alla incertezza, o certezza, essenziale al contratto, circa la misura o il conseguimento del risultato utile. Sulla base di quest'ultima figura è risultato evidente come in alcuni contratti parrebbe necessario ravvisare il risultato utile nella prestazione di una garanzia. L'utilità conseguita mediante la collaborazione altrui può essere ottenuta solo mediante un fare o un dare, ma anche mediante la prestazione di una

garanzia, che ha due fasi: l'una conseguente al verificarsi dell'evento temuto, quando cioè la garanzia si risolve nell'indennità, l'altra antecedente prevede che il garantito riceva un'utilità dal garante, cioè la tranquillità di vedersi indennizzato al verificarsi dell'evento temuto.

A seconda della struttura, si distingue tra scommessa attuata con un contratto bilaterale ovvero con un contratto plurilaterale: nella prima ipotesi il rapporto è identico a quello di una isolata scommessa fra due parti (esempio: lotto, *roulette*, *bakarat*, *chemin de fer*, *trente et quarante*, biliardo, scopa, tresette, *etc.*) e cioè scommettitore e organizzatore, il quale è concomitante di altre parallele e indipendenti l'una dall'altra pattuizioni aventi lo stesso punto di riferimento oggettivo, creandosi dunque la possibilità di "sbancare"⁽²⁸⁾; nella seconda ipotesi, ricorrono le caratteristiche di un rapporto associativo, quali la costituzione di un fondo comune e la non corrispettività delle prestazioni degli scommettitori, essendo la controprestazione costituita dalla partecipazione alla scommessa e dall'assegnazione del fondo comune in forma di premi (esempio: *poker*, tombola, lotteria e ogni specie di scommessa al totalizzatore): l'organizzatore assume dunque la veste di mandatario per operazioni relative alla riscossione e alla ripartizione successiva, con la conseguenza che i partecipanti scommettono gli uni contro gli altri⁽²⁹⁾.

In base alla natura del rischio, si distingue la scommessa d'azzardo, di abilità o mista. La prima consiste nella scommessa collegata con un gioco il cui esito dipende esclusivamente o quasi dalla sorte, la seconda dall'abilità, la terza dalla sorte e dall'abilità insieme. Un'ulteriore distinzione è quella tra scommesse collettive, per le quali è necessaria la partecipazione di una pluralità di soggetti, scommesse organizzate, che richiedono la presenza di una organizzazione e scommesse a parti contrapposte, c.d. scommesse semplici, che si instaurano fra due persone in posizione opposta rispetto al rischio, in guisa che se l'una vince, l'altra perde e viceversa. Alla categoria delle scommesse innocue, tollerate dalla legge perché considerate socialmente non pe-

⁽²⁸⁾ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, p. 1259.

⁽²⁹⁾ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1259; D. CORVI, *Alea tra legge e mercato*, cit., p. 25.

ricolose, l'ordinamento presta, quindi, il riconoscimento indiretto della *soluti retentio*. Rientrano in questo campo le scommesse che non sono proibite e quelle che non presentano la caratteristica dell'utilità sociale; si tratta di scommesse relative a giochi familiari, nei quali, di solito, le poste in palio sono modeste, generalmente sono giochi di abilità o misti (ad esempio: la dama, gli scacchi, la scopa, il *bridge*, la briscola, la canasta, *etc.*); peraltro, anche nel caso in cui la scommessa presenti le caratteristiche dell'azzardo, come nel caso del *poker*, della *roulette*, dello *chemin de fer*, la si deve considerare come rientrante in questa categoria se mancano le condizioni previste dalla legge penale per la sua proibizione.

2. — *Lotterie autorizzate e casi particolari.*

L'art. 1935 è quello che sancisce la piena tutela per le lotterie che siano state legalmente autorizzate. Parte della dottrina indica la peculiarità di questa figura rispetto alle altre ipotesi di giochi e scommesse muniti di azione di cui all'art. 1934 c.c., in due elementi⁽³⁰⁾: il primo è che la vincita dipende da un'estrazione a sorte, e ricomprende dunque una pluralità di figure eterogenee, dal lotto alla tombola, alla pesca di beneficenza alle lotterie; il secondo è che la posta deve essere versata anticipatamente⁽³¹⁾. L'autorizzazione non rappresenta la caratteristica esclusiva delle lotterie disciplinate in questa disposizione; nel caso in esame la *ratio* della previsione risiede nell'esigenza di tutelare l'amministrazione finanziaria, riservando allo Stato i proventi derivanti dalle suddette lotterie. L'autorizzazione realizzerebbe un elemento della fattispecie, la cui assenza comporterebbe la nullità del contratto e la ripetibilità delle prestazioni⁽³²⁾; alle

⁽³⁰⁾ Secondo L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 7, le lotterie *ex art.* 1935 c.c. sono caratterizzate dalla estrazione a sorte, mentre nei concorsi pronostici è l'esito della competizione sportiva ad essere rilevante; inoltre, la *ratio* della tutela legislativa sarebbe diversa, in quanto volta a raccogliere mezzi patrimoniali necessari per il finanziamento dell'attività sportiva.

⁽³¹⁾ L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 8.

⁽³²⁾ E. VALSECCHI, *Giuoco, scommessa e transazione*, cit., p. 49 ss.

lotterie non autorizzate, dunque, non sarebbe estesa neanche la più limitata tutela della *soluti retentio*, cioè anche in ragione del fatto che in queste ipotesi la posta viene pagata anticipatamente, mentre per l'art. 1933, 2° comma, c.c., sono irripetibili le prestazioni eseguite dopo aver conosciuto l'esito del gioco. L'irripetibilità, quindi, si applica a tutti i debiti che, pur nascendo da negozi diversi dal contratto di gioco, sono contratti di giocatori, o da un giocatore con il gestore della casa da gioco, per iniziare o proseguire il gioco. In realtà nei giochi organizzati l'organizzatore del gioco si tutela dalla carenza di gioco esigendo il pagamento della posta anteriormente al gioco stesso, il che induce a qualificare come reale il contratto. Queste regole si applicano anche al gioco esercitato nelle case da gioco organizzate da taluni comuni (San Remo, Venezia) e all'uopo autorizzate, in quanto, secondo l'interpretazione prevalente, l'autorizzazione della quale godono ha il solo effetto di togliere valore alle sanzioni penali stabilite per i giochi d'azzardo, ma non incide sul regime privatistico del gioco⁽³³⁾. Solo in alcune ipotesi il gioco e la scommessa dà luogo a un'obbligazione legale con la possibilità di agire in giudizio e cioè nel caso di lotterie autorizzate (lotto, totocalcio ecc.) e nel caso di competizioni sportive, sia per chi partecipa direttamente (la "borsa" prevista per un incontro di pugilato o un torneo di tennis) sia per chi scommette solo sul risultato⁽³⁴⁾. A tal proposito, per il totocalcio il contratto di scommessa ha natura privatistica, le cui clausole sono vincolanti per il giocatore⁽³⁵⁾, pur senza la specifica approvazione per iscritti, e si conclude nel momento in cui il CONI riceve le schedine, le quali sono un titolo di credito, perché non destinate alla circolazione e prive della caratteristica dell'autonomia e della letteralità⁽³⁶⁾.

L'art. 1935 c.c. gode di un certo interesse per la diffusione nella prassi di figure da ricondursi nella sua sfera applicativa. La promessa di attribuire un premio mediante estrazione a sorte o al verificarsi di determinate condizioni è pattuizione di frequente connessa a contratti di vendita di prodotti di largo

⁽³³⁾ M. PARADISO, *Gioco, scommessa e rendita*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2006, p. 34.

⁽³⁴⁾ V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 488.

⁽³⁵⁾ Cass., 12 luglio 1991, n. 7763.

⁽³⁶⁾ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1259.

consumo o all'emissione di un prestito obbligazionario. I concorsi a premio, diretti a propagandare prodotti commerciali, si distinguono dalle lotterie, con premi di denaro, leciti solo se espressamente previsti, in quanto attraverso di essi si mira ad aumentare la domanda di beni e servizi offrendo gratuitamente premi ai consumatori o ai rivenditori. La dottrina estranea queste ipotesi dalle fattispecie disciplinate dall'art. 1935 c.c., in quanto viene meno la bilateralità dell'alea, e risultano piuttosto riconducibili ad un contratto di vendita cui si aggiunge una promessa aleatoria o condizionata del venditore o dell'emittente di un prestito obbligazionario.

Per quanto attiene alle operazioni a premio con bollini, punti, omaggi, sembra, secondo i più, doversi negare il carattere dell'aleatorietà poiché non vi è incertezza né con riguardo alla prestazione né al soggetto, né al rischio di trovare un buono maggiore o minore valore, poiché sono tutti rappresentativi di un medesimo punteggio. Stesso discorso vale anche per quei casi in cui l'assegnazione dei premi dipenda dall'abilità dei partecipanti, in ragione del fatto che l'incertezza sul risultato favorevole non dipende dalla sorte, ma dalla capacità dei concorrenti.

Nel caso di operazioni a premio che integrano la fattispecie di promessa al pubblico, deve ritenersi che ricorra il carattere dell'aleatorietà solo nel caso in cui la prestazione promessa dipenda da un'estrazione a sorte o vi sia una serie di tagliandi abbinati ad un certo numero di prodotti secondo percentuali stabilite, che devono essere autorizzate e controllate dell'autorità amministrativa. In questo caso l'alea rappresenta un momento essenziale dello scambio, poiché al momento dell'acquisto è già nota l'incertezza della controprestazione. La dottrina ha così approfondito la struttura della promessa aleatoria per indicare alcuni tratti che rendono peculiari queste fattispecie rispetto alle tradizionali ipotesi di contratto aleatorio. In particolare la promessa differirebbe dal gioco e dalla scommessa per il diverso modo di operare dell'evento futuro e incerto; nella prima volta a determinare quale tra i partecipanti avrà il diritto al premio, nel secondo, invece, quale dei due contraenti avrà diritto alla prestazione⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ G. SBISA, *Direzione e coordinamento di società*, Milano, 2012, p. 144. L'autore segnala che anche l'ipotesi in cui il numero delle vendite previste, sulle quali viene ripartito il costo dei premi, non coincida con quello delle vendite effettive, non deve essere ricondotta all'alea,

In più si ritiene che l'alea, nella promessa al pubblico, sia soltanto unilaterale, poiché l'organizzatore del concorso conosce già in precedenza l'entità dei premi e quindi l'onere a suo carico, anche se non sa a chi dovrà corrisponderli⁽³⁸⁾. La conclusione della dottrina maggioritaria è comunque di ricondurre le operazioni e i concorsi a premio nella categoria dei contratti aleatori atipici, perché l'aleatorietà è un carattere che il contratto può assumere in relazione allo svolgimento di varie funzioni, che continuano a essere soggette alla disciplina loro propria, mentre l'influenza dell'alea, con riguardo alle norme generali sui contratti, si manifesta nelle vicende in tema di risoluzione e di rescissione⁽³⁹⁾. L'interprete deve dunque porsi la questione della rilevanza giuridica di queste figure in quanto sembrano talvolta idonee a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico *ex art.* 1322 c.c.⁽⁴⁰⁾.

Spesso la dottrina ha indicato quale unico tratto caratterizzante il negozio aleatorio, la peculiare funzione di "lucro incerto". Tale funzione se da una parte non riesce a delimitare rigorosamente i confini della categoria, dall'altra, non sembra rispondere ad un interesse meritevole di tutela *ex art.* 1322 c.c.⁽⁴¹⁾. La meritevolezza degli interessi è canone sempre più svuotato di contenuto dagli interpreti, mentre solleciterebbe qualche più attenta riflessione. Laddove l'unica funzione è quella di correre l'alea, nel gioco e nella scommessa, il legislatore ha ritenuto di non dotare di tutela piena le obbligazioni sorte in capo alle parti, escludendo la possibilità di agire in giudizio

poiché si tratta sempre di naturale incidenza del rischio d'impresa. Così anche R. NICOLÒ, *Alea*, cit., p. 1030, il quale, però, non ammette peso significativo alla distinzione. Altra dottrina riconduce i prestiti a premio alla scommessa plurilaterale, così E. VALSECCHI, *Gioco, scommessa e transazione*, cit., p. 49.

⁽³⁸⁾ G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 145.

⁽³⁹⁾ G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 146. In questo senso, l'autore segnala l'inconfigurabilità di un caso, sia pure di scuola, di rescissione dei concorsi a premio, e la difficoltà di immaginare anche qualche ipotesi plausibile di eccessiva onerosità sopravvenuta.

⁽⁴⁰⁾ R. NICOLÒ, *Alea*, cit., p. 1030.

⁽⁴¹⁾ Sulla meritevolezza degli interessi sottesi al contratto si vedano, tra gli altri, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1953, p. 189; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, p. 406.

per l'adempimento e sancendo soltanto il limitato effetto della *soluti retentio*.

Per i contratti aleatori tipici non si pone un problema di meritevolezza di tutela; ma non tutti i negozi, volti a realizzare funzione di lucro incerto ricevono lo stesso trattamento proprio in punto di tutela delle obbligazioni nascenti dall'accordo. Inoltre l'affermazione secondo la quale l'incertezza sul risultato economico, in dipendenza del peculiare meccanismo strutturale dei contratti aleatori, si accompagnerebbe alla funzione caratterizzante, di volta in volta, gli specifici negozi, i quali da quest'ultima trarrebbero il fondamento della loro tutela, non pare sostenibile⁽⁴²⁾, poiché ridurrebbe l'interesse, per così dire, aleatorio ad un coefficiente di incertezza che verrebbe "tollerato" dall'ordinamento, in ragione della presenza nello stesso atto di una funzione ulteriore meritevole di piena tutela.

Si ritiene perciò di superare i dubbi intorno alla configurabilità di una causa generica e di delineare una funzione propria della categoria, che si specificherà di volta in volta in ragione del negozio concretamente concluso. La funzione di gestione e neutralizzazione dei rischi, può quindi essere realizzata in vari modi e con diverse gradazioni, dal "correre l'alea" nel gioco e nella scommessa, a negozi che pur essendo volti a gestire e tutelarsi dal rischio non sono aleatori, perché non ne presentano la struttura.

3. — *Le scommesse on line: le scommesse a palinsesto aperto.*

Con l'evolversi della tecnologia e ancor più oggi, con le varie restrizioni da Covid-19, assumono sempre più rilevanza delle scommesse *on line*. La peculiarità del contratto di scommessa *on line* risiede nel momento della sua formazione, in quanto le parti esprimono la propria volontà di obbligarsi in modo telematico, tramite la compilazione di moduli preimpostati dal concessionario⁽⁴³⁾. Più nello specifico il giocatore, secondo il Regolamento

⁽⁴²⁾ G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, cit., p. 73.

⁽⁴³⁾ G. CASSANO, *La nullità del contratto nella particolare ipotesi delle scommesse a evento concluso*, c.d. «*a palinsesto aperto*», in *Il diritto in internet*, 4, 2020, p. 644.

AAMS, al fine di poter piazzare le proprie scommesse sul sito del gestore, deve registrarsi sul portale gestito da quest'ultimo, aprendo il c.d. conto di gioco infruttifero per il gioco a distanza; successivamente, in genere dopo aver effettuato un deposito di denaro, potrà piazzare la propria scommessa sugli eventi presenti nel palinsesto (in Italia, approvato sempre dall'AAMS) e quotati dal concessionario⁽⁴⁴⁾. Dopo aver deciso gli importi da scommettere, il giocatore concluderà il singolo contratto con un semplice *click* e, nell'arco di pochi minuti, il gestore del servizio, ai sensi della disciplina contenuta nel Regolamento AAMS, registrerà la scommessa (per prassi, con modalità del tutto automatiche) sul totalizzatore nazionale (gestito dall'AAMS). Da quel momento in poi, ai sensi del Regolamento AAMS, la scommessa non potrà più essere revocata. La raccolta "a distanza" presuppone, come detto, la previa registrazione (*id est* identificazione) dello scommettitore, che deve utilizzare il conto gioco, che registra tutti i movimenti di accredito e di addebito. La movimentazione di denaro del gioco *on line* è trasmessa in tempo reale dall'*internet service provider* al Totalizzatore Nazionale, 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, il contratto si deve intendere concluso con l'accettazione e la registrazione della scommessa da parte del totalizzatore nazionale (art. 6 d.m.), attestata dalla ricevuta di partecipazione⁽⁴⁵⁾. 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 titolari di concessione, sì che non è ammesso che soggetti terzi raccolgano le scommesse per conto dei concessionari o titolari di reti svolgendo una mera intermediazione; infatti (come ribadito dal d.m. n. 111 che, sul punto, ha confermato i contenuti del previgente d.m. n. 174/1998), a tutt'oggi è vietata ogni forma di intermediazione nella raccolta delle scommesse⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ Cons. Stato, Sez. IV, 7 maggio 2012, n. 2621.

⁽⁴⁵⁾ G. CASSANO, *La nullità del contratto nella particolare ipotesi delle scommesse a evento concluso, c.d. «a palinsesto aperto»*, cit., p. 645.

⁽⁴⁶⁾ Cass. pen., Sez. VI, 2 luglio 2019, n. 28871; Cass. pen., Sez. III, 19 febbraio 2016, n. 6709.

La disciplina delle scommesse *on line* non è armonizzata a livello comunitario, dal momento che manca una direttiva o un regolamento che regolino questo settore⁽⁴⁷⁾. Ciò nonostante, non mancano all'interno della legislazione comunitaria richiami alla disciplina dei giochi d'azzardo, come, ad esempio nella direttiva c.d. servizi (direttiva 2006/123/CE) o nella direttiva sul commercio elettronico (direttiva 2000/31/CE) o, ancora, nella direttiva sui servizi di media audiovisivi (direttiva 2007/65/CE): si tratta, tuttavia, di rimandi, per dir così, in negativo, nel senso che si limitano a disporre l'inapplicabilità delle summenzionate direttive al settore dei giochi *on line*. Anche per tal ragione, il Parlamento europeo aveva espresso, nel “Libro bianco sullo sport” del 2008, preoccupazioni per la *deregulation* (*rectius: non-regulation*) nel comparto in questione e per le profonde differenze tra i singoli Stati membri. In questo contesto, un'importanza significativa ha avuto la “Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2009 sull'integrità del gioco d'azzardo *on line*”. La Risoluzione, invero, non mette in discussione il principio di sussidiarietà e la possibilità per gli ordinamenti comunitari di regolamentare, autonomamente, le attività di gioco *on line*. Al tempo stesso, però, avvisa che i servizi in questione sono di natura molto speciale (§ n. 2) e che, pertanto, richiede un approccio multipilastro, che non possa essere circoscritto al mercato interno. In realtà, nel caso delle scommesse *on line*, manca per lo più uno stabilimento, dal momento che gli operatori agiscono sul mercato nazionale operando in un altro Paese (principalmente via internet, ma non solo)⁽⁴⁸⁾. A tal riguardo, però, pare opportuno osservare che la giurisprudenza interpreta la nozione di stabilimento in modo estensivo, ricomprendendovi tutti i casi in cui un soggetto agisca tramite un semplice ufficio, gestito da persone dipendenti dall'impresa ovvero per mezzo dell'azione di un semplice agente⁽⁴⁹⁾. La questione posta alla Corte di Giustizia coinvolge, in estrema sintesi, la possibilità per uno Stato membro di sottoporre – come

⁽⁴⁷⁾ G.M. RICCIO, *Le scommesse nell'era di internet: le discipline italiana e comunitaria*, in www.comparazioneDirittoCivile.it, 2010.

⁽⁴⁸⁾ Corte giust., sent. 22 marzo 1994, causa C-275/95, in *Racc.* 1994, I-01039.

⁽⁴⁹⁾ Corte giust., sent. 30 novembre 1995, *Reinhard Gebbard*, causa C-55/94.

in Italia – l’attività di raccolta di scommesse ad un’autorizzazione e/o concessione preventiva o se tali limiti costituiscano una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi⁽⁵⁰⁾. La giurisprudenza comunitaria ha ripetutamente affermato che la compatibilità con il Trattato delle previsioni nazionali che si prefiggano obiettivi di tutela dei consumatori, di prevenzione della frode e dell’incitamento dei cittadini ad una spesa eccessiva collegata al gioco, nonché di prevenzione di turbative all’ordine sociale⁽⁵¹⁾. In questa lettura rientra anche la possibilità per gli Stati membri di assegnare, in via monopolistica, il controllo sul settore scommesse ad un unico soggetto pubblico, come avviene in Italia con il ricordato AAMS⁽⁵²⁾. In ogni caso, le limitazioni alla concorrenza devono essere applicate in modo non discriminatorio: non è, quindi, ammissibile una restrizione fondata unicamente sulla nazionalità dell’operatore economico.

Attraverso le scommesse *on line* può accadere che su di un evento, solitamente sportivo, svoltosi in zone del modo in cui si abbia un differente fuso orario. In tali casi può capitare che si verifichino le cosiddette scommesse 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⁽⁵³⁾. Questo si verifica qualora 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.

⁽⁵⁰⁾ Corte di Giustizia, sent. 9 settembre 2010, Enst Engelmann, causa C-64/08.

⁽⁵¹⁾ Corte di giustizia, sent. 12 settembre 2013, Biasci, cause riunite C-660/11 e C-8/12.

⁽⁵²⁾ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 27.

⁽⁵³⁾ G. CASSANO, *La nullità del contratto nella particolare ipotesi delle scommesse a evento concluso, c.d. «a palinsesto aperto»*, cit., p. 644.

rio⁽⁵⁴⁾. A tal proposito si è pronunciata recentissima giurisprudenza⁽⁵⁵⁾, affermando che in tale ipotesi manca 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. Infatti, in tale ipotesi⁽⁵⁶⁾, quando cioè l'incontro è già stato disputato e il relativo risultato è già noto, non sussiste alcun profilo di rischio od incertezza integrante l'elemento casuale del contratto di scommessa, con la conseguenza della nullità dei contratti di scommessa per difetto di causa. Resta fermo, però, la possibilità di accogliere, comunque, le domande attoree 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 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». La mancanza di alea, dunque, è causa di

⁽⁵⁴⁾ G. CASSANO, *La nullità del contratto nella particolare ipotesi delle scommesse a evento concluso, c.d. «a palinsesto aperto»*, cit., p. 645.

⁽⁵⁵⁾ In tal senso vedi Trib. Palermo, 5 agosto 2020, cit.; Trib. Nola, ord. 4 luglio 2020; Trib. Napoli Nord., 14 luglio 2020; App. Trieste, 2 luglio 2020.

⁽⁵⁶⁾ Il Tribunale di Palermo ha di recente affrontato il caso di uno scommettitore che in data 9-10/12/2015 aveva 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. Le partite del campionato di *Invierno Banco Popular 2015* erano 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 erano protratte di certo oltre le ore 23:58 (ora della prima scommessa) del 9 dicembre 2015, fuso orario italiano. Pertanto, allorquando l'attore, nella notte del 9 e 10 dicembre 2015, tra le ore 23:58:36 e le ore 00:05:59, aveva scommesso sugli incontri di calcio, questi erano stati già disputati ed i relativi risultati erano già noti e facilmente rintracciabili su internet, escludendo quindi l'alea del contratto di scommessa.

nullità del contratto di scommessa sportiva, quando attraverso un errore del sistema *on line* o sfruttando il fuso orario si sappia già il risultato esatto della competizione, con la sola possibilità per lo scommettitore di riavere indietro la giocata in quanto la scommessa è come se non fosse mai esistita.

4. — *Covid-19 e scommesse sportive.*

Alla luce di quanto esposto, possiamo ben comprendere come la pandemia da Covid-19 abbia stravolto il mondo delle scommesse e in particolare quelle sportive. Il Coronavirus ha sconvolto ogni ambito dei rapporti umani sia all'interno della sfera intima e familiare che in quella commerciale, mettendo tra l'altro in evidenza l'insufficienza della disciplina di codice civile che non prevede l'ipotesi di sospensione degli effetti del contratto per circostanze esterne imprevedibili ed eccezionali e neppure l'obbligo di rinegoziazione in caso di sopravvenienza di circostanze non previste dalle parti che rendono impossibile, o più onerosa, anche temporaneamente, la prestazione. Il Covid-19 si può considerare come un evento di forza maggiore, con i caratteri della imprevedibilità e della eccezionalità di cui non si può definire con certezza la durata⁽⁵⁷⁾. Infatti, il virus può essere assimilato a quell'evento imprevedibile e inevitabile al quale non è possibile resistere (*vis maior cui resisti non potest*) che determina un impedimento oggettivo caratterizzato dalla non imputabilità (anche a titolo di colpa), inevitabilità ed imprevedibilità dell'evento⁽⁵⁸⁾.

Per il mondo delle scommesse basti considerare che il 6 aprile 2020 è stata una data storica per le puntate sul calcio e per i siti dedicati perché, per la prima volta, non è stato possibile scommettere su nessuna partita. Questo si è rivelato un danno economico molto ingente. Una situazione a cui si è tentato di porre rimedio focalizzando le scommesse su qualche altro

⁽⁵⁷⁾ G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, p. 57.

⁽⁵⁸⁾ Cass., ord. 5 marzo 2020, n. 6213; Cass., ord. 9 marzo 2017, n. 6076; Cass., 24 giugno 2016, n. 13148.

evento, come ad esempio il tennis tavolo (ping pong), le freccette, gli sport virtuali (*eSport*) e il mondo dello spettacolo (le edizioni del Grande Fratello e David di Donatello). Oltre ai siti di scommesse, anche le agenzie sono rimaste chiuse a partire da marzo in conformità al Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri. La sospensione di quasi tutti gli eventi sportivi ha quindi causato un crollo della spesa delle puntate in ricevitoria e di quelle *on line*: sono stati giocati 20,9 milioni, con un calo attestato al 57,6%. Ma se si sommano i due canali di raccolta (ricevitorie e siti di scommesse), da marzo ad aprile la spesa ha subito un calo del 72,2%. Rispetto a febbraio, che è stato l'ultimo mese di raccolta completa del gioco prima del *lockdown*, la spesa complessiva delle scommesse in agenzia e online è crollata addirittura dell'88,7%. La ripartenza delle varie competizioni e del calcio in generale ha generato un po' di entusiasmo in tutto il settore. Lo stop forzato del Coronavirus infatti ha messo in difficoltà persino l'intero ricco comparto del calcio, compresi i diritti televisivi di Sky e DAZN e pure quello degli sponsor. Alcune competizioni non sono proprio ripartite con conseguenze economiche sia per le agenzie che per gli scommettitori.

Quello che è avvenuto nella stagione 2019/20, che potrebbe verificarsi anche nelle prossime per tutte le competizioni sportive, qualora la pandemia non finisse, è senza precedenti nell'epoca contemporanea e può avere conseguenze sulle singole scommesse effettuate, che meritano tutela in virtù dell'art. 1934. Se prendiamo il caso di un soggetto che abbia scommesso a inizio campionato su una determinata come vincitrice, il *lockdown* dovuto da pandemia sicuramente porta delle conseguenze. Nelle competizioni come il basket o pallavolo il cui campionato non riprese la scorsa stagione si è verificata un'impossibilità sopravvenuta che comporta semplicemente la restituzione integrale della scommessa. Diverso è il caso che è avvenuto per il calcio, le cui scommesse in questo caso sono rimaste sospese e gli effetti sono stati differiti. Nel campionato di Serie A le competizioni, con stadi chiusi, erano riprese nel mese di giugno, dopo l'interruzione di marzo. Gli equilibri, però, erano stati tutti alterati, la forma e le condizioni dei vari atleti erano ben diversi rispetto al periodo precedente rispetto alla pandemia. Caso ha poi voluto che la squadra che era in testa prima del *lockdown* e che è risul-

tata vincitrice fosse la Juventus, (detentrica già da altri otto anni del titolo), ma ciò ha comportato delle variazioni: pensiamo alla squadra della Lazio a marzo lanciata verso il titolo e crollata alla ripresa delle competizioni.

In caso di pandemia, sarebbe opportuno quindi una rinegoziazione dei contratti di scommessa nelle ipotesi di interruzione di competizioni sportive, che differiscano nel tempo lo svolgimento della gara, specialmente qualora si verificano circostanze molto diverse rispetto all'inizio della stagione. Pensiamo per esempio la scorsa stagione che le squadre di calcio giocavano in stadi aperti prima della pandemia e poi chiusi, escludendo il fattore del tifo e trasferta, inoltre un regolamento della FIGC ha previsto la possibilità di effettuare cinque cambi e non più tre a partita con la conseguenza di avvantaggiare le rose più forti e con possibilità di rotazione. Se la stagione 2019/20 ha subito tale cambiamento, le successive potrebbero avere il ripristino della situazione "normale" con una nuova alterazioni delle condizioni originarie. Ad esempio se uno scommettitore che abbia puntato su una determinata squadra come vincitrice del titolo, è consapevole delle condizioni di gioco durante la pandemia, ma qualora durante la stessa stagione misteriosamente il virus sparisce, sarebbero cambiate nuovamente le condizioni e quindi l'alea stessa del contratto. In tal caso la giocata dovrebbe essere confermata oppure modificata a discrezionalità dello scommettitore, considerato anche come consumatore. Lo stesso avrebbe diritto a vedersi confermata la sua scommessa, ma dato che è stata alterata l'alea della stessa, potrebbe chiedere sia la restituzione che la rinegoziazione.

Si può dunque parlare di sopravvenienze, che porterebbero un obbligo di rinegoziazione a carico delle parti⁽⁵⁹⁾. In effetti l'entità degli sconvolgimenti determinati dalla pandemia in corso pare davvero rappresentare un terreno di esplicazione privilegiato per un discorso sulle sopravvenienze contrattuali, proprio perché in quegli sconvolgimenti è possibile cogliere integral-

⁽⁵⁹⁾ Cfr. P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano. Considerazioni conclusive*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Contratti internazionali e mutamento delle circostanze: clausole monetarie, hardship, forza maggiore*, Milano, 1989, p. 95 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 711; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 774.

mente gli aspetti che fanno delle sopravvenienze un problema di particolare spessore del diritto dei contratti⁽⁶⁰⁾. Scontato il fatto che gli sconvolgimenti in questione discendano da circostanze del tutto imprevedibili e collocate al di fuori del potere di controllo delle parti contraenti, assume anche rilievo, al fine di rendere particolarmente stimolante il dibattito su di essi, l'idoneità degli stessi ad influenzare l'esecuzione di un numero elevatissimo di relazioni contrattuali ed in particolare di quelle che, prese singolarmente, implicano spostamenti di ricchezza anche di valore modesto, come appunto una singola giocata di uno scommettitore⁽⁶¹⁾. Proprio quelle, dunque, per le quali il regolamento pattizio non avrà verosimilmente contemplato clausole in grado di offrire una risposta al problema della sopravvenienza e che, dunque, in assenza di una soluzione sul piano delle fonti autonome di regolazione del rapporto, ne richiedono una da parte delle fonti eteronome. Come già detto, le scommesse sono contratti aleatori, il cui interesse della parte è costituita dall'acquisizione di un'occasione favorevole in ragione del quale si giustifica il corrispettivo. Per loro natura il rimedio dell'eccessiva onerosità è precluso (salvo quando il giudice ritenga la posta eccessiva *ex* 1934, 2° comma)⁽⁶²⁾, tuttavia anche le soluzioni desumibili dalla disciplina del codice civile in materia invece di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta potrebbero risultare inadeguate al fine, in virtù della dimensione assunta dall'emergenza economica nel suo complesso⁽⁶³⁾. Pertanto, in un contesto di emergenza sanitaria, sociale ed economica, la via della rinegoziazione dei termini del contratto è certamente auspicabile, purché per via volontaria, specie nel rispetto del criterio guida della distribuzione tra le parti del co-

⁽⁶⁰⁾ C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 583.

⁽⁶¹⁾ C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, cit., p. 584; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; Id., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Ann.*, II, 2, Milano, 2008, p. 1026; Id., *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, III, p. 825.

⁽⁶²⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 465.

⁽⁶³⁾ C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, cit., p. 585.

sto delle alterazioni subite dall'operazione economica in conseguenza della pandemia⁽⁶⁴⁾. Potrebbe configurarsi un obbligo di rinegoziazione sulla base del principio generale di buona fede⁽⁶⁵⁾, seguendo così le indicazioni di una parte della dottrina tedesca⁽⁶⁶⁾. A tale proposito, si è tuttavia manifestato un marcato scetticismo, obiettando che l'ancoraggio a un parametro vago e indefinito come quello della buona fede farebbe in definitiva aumentare l'incertezza giuridica e comprometterebbe quindi le aspettative contrattuali delle parti contraenti⁽⁶⁷⁾. Va comunque precisato che è corretto ritenere che l'applicazione del principio di solidarietà e il principio di buona fede non possano costituire il fondamento per una riduzione del corrispettivo o per la sospensione dei pagamenti: se la prestazione è possibile, se non vi sono oscillazioni del prezzo ritenute eccessive, pretendere l'adempimento è legittimo e il debitore non può chiedere la risoluzione del contratto⁽⁶⁸⁾. Tale ipotesi potrebbe verificarsi, qualora l'interruzione per pandemia sia dovuta solo per un periodo limitato e che la gara oggetto di scommessa si svolga in tempi rapidi. Può comunque ritenersi quanto mai utile attenersi principi di diritto dello *European Law Institute* (ELI), che hanno raccomandato agli Stati europei di assicurare che qualora come conseguenza della crisi del CoViD-19 e delle misure adottate durante la pandemia, la prestazione sia

⁽⁶⁴⁾ F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, 2020, p. 489.

⁽⁶⁵⁾ P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19*, in *Obbl. e contr.*, suppl. 3, 2020, p. 73; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63; F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Obbl. e contr.*, 2013, p. 117; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, Editoriale del 17.3.2020; F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Coronavirus: interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, p. 129 ss.; D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da CoViD-19*, in *Giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020.

⁽⁶⁶⁾ N. HORN, *Neuverhandlungspflicht*, in *AcP*, Bd. 181, 1981, p. 255.

⁽⁶⁷⁾ M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 314.

⁽⁶⁸⁾ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; G. ALPA, M. BESSONE, V. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982; G. ALPA, *Rischio contrattuale (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1999, p. 1144 ss.

diventata eccessivamente difficile, gli Stati europei dovrebbero garantire che, in conformità con il principio di in buona fede, le parti intraprendono rinegoziazioni anche se non previsto da un contratto o dalla normativa vigente⁽⁶⁹⁾. Da qui si evince come ci sia una certa libertà negoziale nell'affrontare il sopravvenire di fattori eccezionali come la pandemia.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in *Jus*, 2020; F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Jus civile*, 2019, p. 397; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018; F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 585.

