



IAIC



DGBIC



CREDA

# DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

FONDATA E DIRETTA DA

Alberto M. Gambino

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino,  
Giorgio Resta, Salvatore Sica

1° dicembre 2021

---

Divieto di pubblicità dei giochi e delle scommesse  
con vincite in danaro: a che punto siamo?

Federico Pirari

---

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa, Fernando Bocchini, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi,  
Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia, Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini,  
Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario, Roberto Mastroianni,  
Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso, Luca Nivarra,  
Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,  
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini

E

Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan,  
David Lametti, Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho,  
Maria Páz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IAIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IAIC.

### **Comitato dei Valutazione Scientifica**

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), LUCIANA D'ACUNTO (Un. Federico II), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), GILBERTO NAVA (Un. Europea di Roma), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

### **Norme di autodisciplina**

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.

2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.

3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.

4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.

La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

### **Comitato di Redazione – [www.dimt.it](http://www.dimt.it) – [dimt@unier.it](mailto:dimt@unier.it)**

ALESSANDRO ALBANESE GINAMMI, MARCO BASSINI, CHANTAL BOMPREZZI, FRANCESCA CORRADO, CATERINA ESPOSITO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FERNANDA FAINI, MONICA LA PIETRA, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, ROSARIA PETTI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MATILDE RATTI, CECILIA SERTOLI, SILVIA SCALZINI, ANDREA STAZI (Coordinatore)

### **Sede della Redazione**

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.3083855, fax 06.3070483, [www.iaic.it](http://www.iaic.it), [info@iaic.it](mailto:info@iaic.it)

# DIVIETO DI PUBBLICITÀ DEI GIOCHI E DELLE SCOMMESSE CON VINCITE IN DANARO: A CHE PUNTO SIAMO?

Federico Pirari

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. La regolamentazione del gioco d’azzardo in Italia – 3. La pubblicità del gioco d’azzardo: i primi tentativi di contrasto – 4. Il Decreto Dignità ed il divieto assoluto di pubblicità dei servizi di gioco d’azzardo online – 5. I principi dell’*home country control* e di proporzionalità nella regolamentazione della pubblicità del gioco d’azzardo nelle comunicazioni elettroniche – 6. Il caso Google; 6.1. Il caso «Il Giunco S.r.l.» – 7. Conclusioni

**ABSTRACT:** *Il presente elaborato si pone l’obiettivo di mostrare le criticità e le difficoltà applicative del divieto di pubblicità del gioco d’azzardo, introdotto dal D.lgs. 87/2018, noto come Decreto Dignità. Tale divieto riguarda un settore non oggetto di armonizzazione europea e, pertanto, la regolazione è oggetto della discrezionalità degli stati membri. Particolare attenzione verrà data al rispetto di tale divieto nell’ambito della regolamentazione delle comunicazioni elettroniche, ed in particolare dal punto di vista della responsabilità dei cc.dd. Internet service provider di carattere passivo, oggetto di riforma in sede euro unitaria con la proposta di regolamento nota come «Digital Service Act».*

**ABSTRACT:** *This paper aims to show the critical issues and difficulties in applying the gambling advertising ban, introduced by D.lgs. 87/2018, known as «Decreto Dignità». This prohibition concerns a sector not subject to European harmonization and, therefore, regulation is subject to the discretion of the member states. Particular attention will be given to compliance with this prohibition in the context of the regulation of electronic communications, and in particular from the point of view of the responsibility of the Internet service provider, subject to reform in the euro unit with the proposed regulation known as «Digital Service Act».*

## 1. Premessa

Il contrasto al fenomeno della ludopatia ha conosciuto di recente un pesante inasprimento da parte del Legislatore nazionale, che ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano un divieto generale relativo alla diffusione della pubblicità afferente giochi con vincite in danaro, ancorché la stessa costituisca la terza industria italiana per fatturato globale ed il relativo settore sia in grado di far confluire nelle casse dello Stato una cifra che si aggira annualmente sui 12.5 miliardi di euro<sup>1</sup>.

Ed in vero, tali attività possono comportare, a certe condizioni<sup>2</sup>, pratiche commerciali scorrette, per tali intendendosi, a norma dell'articolo 20 del D.lgs. 206 del 6 settembre 2005, più comunemente conosciuto come il Codice del consumo, le pratiche contrarie alla diligenza professionale, *«false od idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori»*, quali ad esempio le pubblicità ingannevoli (artt. 21-23 del citato Codice).

Non solo, ma le dette attività possono incoraggiare l'uso di tali giochi da parte dei minori o comunque un uso prolungato da parte degli utenti e, pertanto, favorire la diffusione di una patologia, come la ludopatia, che ha effetti devastanti nell'ambito della vita di chi gioca e di chi lo circonda.

Il tentativo di contrasto alla ludopatia è stato diretto nei confronti sia della pubblicità tradizionale, sia della pubblicità *online* a seguito dell'evoluzione

---

<sup>1</sup> Cfr. *Libro Blu, relazione 2019*, pubblicato dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli, p.91.

<sup>2</sup> Ad esempio, la pubblicità è ingannevole quando è in grado di indurre in errore l'impresa alla quale è rivolta, pregiudicandone il comportamento economico, ovvero quando è idonea a ledere un concorrente. Non solo, l'ingannevolezza può riguardare le caratteristiche dei beni o dei servizi, come la loro disponibilità o la data di fabbricazione, il prezzo e le condizioni di fornitura. Dalla pubblicità ingannevole si distingue la pubblicità comparativa definita quella modalità di comunicazione pubblicitaria con la quale un'impresa promuove i propri beni o servizi mettendoli a confronto con quelli dei concorrenti. Questo tipo di pubblicità è ammessa solo quando non è ingannevole, mette a confronto beni omogenei in modo oggettivo, non ingenera confusione tra le imprese, né provoca discredito al concorrente.

tecnologica e della crescente evoluzione delle reti delle piattaforme di comunicazione elettronica.

Il percorso normativo sul tema – avviato dalla Commissione Europea nel 2011 e da ultimo rafforzato con l’adozione dell’art. 9 del d.l. n.87 del 2018, convertito nella legge 9 agosto 2018, n.96 (c.d. Decreto Dignità) – trova, come si vedrà più avanti, delle difficoltà di applicazione nei confronti dei cc.dd. intermediari di rete che offrono un servizio di *hosting*.

E ciò in quanto, fin dai primi anni Duemila, gli intermediari di rete, il cui ruolo era stato improntato al principio di neutralità tecnica (per tale intendendosi la non responsabilità degli intermediari per i contenuti immessi dai loro utenti, in quanto la loro attività è di carattere tecnico, automatico e passivo), hanno assunto «*una fisionomia sempre meno passiva e neutrale rispetto ai contenuti veicolati attraverso esse*<sup>3</sup>», che ha finito col mettere in crisi regime di irresponsabilità giuridica previsto dalla Direttiva sul commercio elettronico (Direttiva 2000/31/CE), recepita nel nostro ordinamento tramite il D.lgs. 70/2003.

La Direttiva in questione distingue tra intermediari di rete che effettuano attività di trasporto di dati (*mere conduit*), di memorizzazione temporanea (*catching*) e, infine, di memorizzazione (*hosting*). Per ognuna di queste attività si prevede un regime di irresponsabilità, la cui *ratio* viene riposta nel fatto che «si tratta di attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate<sup>4</sup>».

Tale regime di irresponsabilità postula il soddisfacimento delle seguenti condizioni: a) che l’intermediario di rete «*non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l’attività o l’informazione è illecita e [...] non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l’illiceità dell’attività o dell’informazione*»; b) che detto intermediario «*non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l’accesso*».

---

<sup>3</sup> R. Zaccaria, A. Valastro, E. Albanesi, *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, XI, Wolters Kluwer, CEDAM, Milano, 2021, p.219.

<sup>4</sup> Considerando n.42 della direttiva sul Commercio elettronico 2000/31/CE.

Nonostante ciò, venendo sempre meno il ruolo passivo e neutrale rispetto ai contenuti, «il profilo giuridico che allora diventa dirimente è quello di definire ed accertare in che cosa consista la non neutralità di una piattaforma digitale rispetto al contenuto veicolato, cioè comprendere se la piattaforma svolga un ruolo di hosting passivo o attivo<sup>5</sup>». Sul punto, la giurisprudenza sia dell'Unione che nazionale, non è univoca<sup>6</sup> ma «sembra emergere un riconoscimento da parte delle corti di una maggiore responsabilità in capo ai cc.dd. intermediari in modo inversamente proporzionale al grado di mera neutralità tecnica<sup>7</sup>», anche se rimane la necessità di un nuovo intervento normativo in sede europea.

In tale contesto si muove l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (d'ora in avanti anche AGCOM) al fine di far rispettare il divieto imposto dall'art. 9 del d.l. n.87 del 2018, convertito nella legge 9 agosto 2018, n.96 che impone il divieto per *«qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro nonché al gioco d'azzardo, comunque effettuata su qualunque mezzo, incluse le manifestazioni sportive, culturali o artistiche, le trasmissioni televisive o radiofoniche, la stampa quotidiana e periodica, le pubblicazioni in genere, le affissioni e i canali informatici, digitali e telematici, compresi i social media. Dal 1° gennaio 2019 il divieto di cui al presente comma si applica anche alle sponsorizzazioni di eventi, attività, manifestazioni, programmi, prodotti o servizi e a tutte le altre forme di comunicazione di contenuto promozionale, comprese le citazioni visive e acustiche e la sovraimpressione del nome, marchio, simboli, attività o prodotti la cui pubblicità, ai sensi del presente articolo, è vietata»*.

Prima di affrontare il tema del divieto alla pubblicità del gioco d'azzardo online, pare opportuno ripercorrere gli interventi legislativi, sia comunitari

---

<sup>5</sup> *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, op. cit., p.220.

<sup>6</sup> *Ex multis* C. Giust. UE, 12 luglio 2011, C-324/09. A livello nazionale cfr. Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Dir. inf.*, 2004, p. 466 ss.; Trib. Milano, 2 marzo 2009 e Trib. Roma, 15 dicembre 2009, *ivi*, 2009, p. 521 ss.; Trib. Roma, 11 febbraio 2010, *ivi*, 2010, p. 275 ss.; Trib. Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 328 ss.; Trib. Milano, 9 settembre 2011, in *Riv. dir. ind.*, 2011, II, p. 364 ss., con nota di A. SARACENO, Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite Internet: la responsabilità degli Internet Service Provider.

<sup>7</sup> *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, op. cit., p.225.

che nazionali, volti a limitare il più ampio fenomeno della pubblicità dei giochi d'azzardo e/o scommesse.

## 2. La regolamentazione del gioco d'azzardo in Italia

Il gioco d'azzardo è un'attività da sempre oggetto di particolare attenzione da parte del nostro ordinamento che, con il D.Lgs 14 aprile 1948 n. 496, aveva riservato allo Stato il controllo e la gestione di tutte le attività del gioco d'azzardo. Nello specifico, il precitato decreto aveva affidato al Ministero delle Finanze l'organizzazione del servizio, prevedendo l'affidamento diretto e la gestione delle attività ad esso riconducibili mediante una concessione a persona giuridica privata.

Il fondamento costituzionale di tale privativa appare da rinvenire, più che nell'articolo 43 della Costituzione, nell'articolo 41, comma 2, della Carta costituzionale<sup>8</sup>, laddove è stabilito che la libera iniziativa economica privata «*[n]on p[ossa] svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*».

Il monopolio sul gioco d'azzardo aveva allora due ragioni d'essere: una proibizionista, volta a regolare tramite lo strumento concessorio l'attività, l'altra fiscale, poiché la riserva sul gioco d'azzardo, era coincidente con il robusto prelievo fiscale destinato a rifluire nelle casse dello Stato. Malgrado l'adozione di tale modello organizzativo, rimaneva però irrisolta una contraddizione di fondo, legata al fatto che, nonostante le limitazioni poste dal Codice civile, dal Codice Rocco ed infine dall'impronta dirigista riconducibile alla riserva di attività di cui si è detto, «*[l]o Stato biscazziere rappresen-*

---

<sup>8</sup> «*Il divieto posto dalle norme penali non oltrepassa il limite che l'art. 41 consente di porre all'iniziativa privata. In effetti le norme in questione concorrono a far sì che l'iniziativa economica privata non si svolga contro l'utilità sociale che sta a fondamento del precetto costituzionale. Questa Corte ha già in più pronunce riconosciuto che non contrastano l'iniziativa economica privata quei limiti che a questa la legge ponga in funzione dell'utilità sociale e per impedire che possa derivarne danno alla salute, alla libertà ed alla dignità umana, beni con i quali mal si concilia, per gli aspetti che gli sono propri, il gioco d'azzardo*» Cfr. Corte cost. n. 237/1975.

ta[va] l'altra faccia dello Stato proibizionista<sup>9</sup>». Il modello organizzativo di cui sopra troverà applicazione per tutto il periodo della «Prima Repubblica», salvo poi arrestarsi e venir riformato durante gli anni '90 del secolo scorso.

Successivamente, a partire dagli anni '90, in forza delle disposizioni dei Trattati europei ed a seguito della crisi dell'ordinamento statale, che aveva portato, fra l'altro il ridimensionamento del c.d. «Stato imprenditore», ed al contenimento della spesa pubblica e del debito pubblico, si era poi posta l'esigenza di liberalizzare i diversi settori su cui si basava l'economia italiana. Nello specifico, le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi di cui agli artt. 52 e 56 del trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, «non richied[evano] l'avvio di programmi di liberalizzazione ma piuttosto un processo (tutt'altro che semplice, data la complessità degli interessi coinvolti) di revisione delle limitazioni esistenti nel mercato del gioco d'azzardo, al fine di conservare solo quelle che [fossero risultate] proporzionate e coerenti<sup>10</sup>».

Il primo passo verso una nuova organizzazione del sistema delle concessioni si è avuto con la legge del 18 ottobre 2001, n.383. L'articolo 12 di tale legge prevedeva l'accentramento di funzioni in materia organizzativa e gestionale di giochi, scommesse e concorsi a premio in un unico organismo, individuato con il D.lgs. 8 luglio 2002, n.138 nell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS). Successivamente, in attuazione al decreto ministeriale del 15 febbraio 2001, n.156, era stato adottato un decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze (31 maggio 2002), col quale venivano ammesse nel nostro ordinamento le scommesse effettuate in via telematica sugli esiti degli eventi sportivi, sancendo la distinzione tra gioco tradizionale «fisico» e gioco tradizionale a distanza. Ulteriori modifiche erano state previste al Testo Unico di pubblica sicurezza (c.d. TULPS, r.d. 18 giugno 1931, n. 773), al fine di contrastare fenomeni di criminalità organizzata.

In occasione della diffusione dei c.d. *bookmakers online*, il c.d. Decreto Bersani (D.Lgs 4 luglio 2006, n.223) ha permesso agli operatori stranieri eu-

---

<sup>9</sup> Guido Sirianni, *Il gioco pubblico dal monopolio fiscale alla regolamentazione, ne la crisi dello Stato sociale*, in "Diritto pubblico, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini" 3/2012, p. 808, doi: 10.1438/74204.

<sup>10</sup> Guido Sirianni, op. cit., p. 823.

ropei di entrare nel mercato italiano del gioco d'azzardo, modificando il sistema delle concessioni in favore di una licenza rilasciata dall'AAMS. Pochi anni dopo, con legge del 14 settembre 2011, n.148, era stata assegnata una maggiore autonomia all'AAMS, prevedendo che essa potesse *«introdurre nuovi giochi; indire nuove lotterie, anche ad estrazione istantanea; adottare nuove modalità di gioco del Lotto, nonché dei giochi numerici a totalizzazione nazionale; variare l'assegnazione della percentuale della posta di gioco a montepremi ovvero a vincite in denaro; variare la misura del prelievo erariale unico, nonché la percentuale del compenso per le attività di gestione ovvero per quella dei punti di vendita»*.

Nel 2012, a seguito della necessità di contenimento della spesa pubblica, è quindi nata l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, derivante dall'incorporazione dell'Agenzia delle Dogane e dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (d.l. 6 luglio 2012, n.95, convertito in legge 7 agosto 2012, n.135), cui ha fatto poi seguito il d.l. n.158/2021 (c.d. Decreto Balduzzi) che attraverso il riconoscimento della ludopatia come una vera e propria patologia ha rappresentato una sorta di cesura rispetto al percorso di riforma delle attività riconducibili al gioco d'azzardo. Tant'è che alla stregua di tale riconoscimento, la ludopatia è stata ricompresa tra i livelli essenziali di assistenza (LEA) per i quali è previsto il diritto alla cura presso il servizio sanitario nazionale. Ed infatti, il decreto Balduzzi prevede un ampio piano di azione volto alla limitazione dei messaggi pubblicitari, della divulgazione degli avvertimenti sul rischio di dipendenza, sulle reali possibilità di vincita, ed infine, al divieto al gioco per i minori.

### **3.La pubblicità del gioco d'azzardo: i primi tentativi di contrasto**

I primi tentativi di contrasto alla pubblicità del gioco d'azzardo da parte delle istituzioni europee hanno riguardato specificatamente il gioco online.

In particolare, già nel 2011 la Commissione ha adottato un «Libro Verde Sul gioco d'azzardo on-line nel mercato interno<sup>11</sup>» con l'obiettivo di avviare

---

<sup>11</sup> Libro verde della Commissione europea, del 24 marzo 2011, sul gioco d'azzardo on-line nel mercato interno [COM(2011) 128 def. - Non pubblicato nella Gazzetta ufficiale].

un'ampia consultazione pubblica su tutti i problemi di ordine pubblico e sugli aspetti relativi al mercato interno del rapido sviluppo dell'offerta di gioco d'azzardo on-line, sia lecita che non autorizzata, rivolta a cittadini situati nell'UE.

Al riguardo, la Commissione ha ribadito la scelta operata nell'escludere espressamente la disciplina dei servizi di gioco d'azzardo da atti giuridici orizzontali, come la direttiva sui servizi (2006/123/CE) o la direttiva sul commercio elettronico (2000/31/CE) (cfr. pag. 7 del Libro verde) lasciando liberi gli Stati Membri nell'adottare puntuali previsioni (come fatto in Italia di recente ad opera dell'articolo 9 del Decreto Dignità). La Commissione ha, in tale occasione, ricordato che l'articolo 56 del TFUE vieta le restrizioni alla libera prestazione dei servizi a destinatari in altri Stati membri ammettendole solo a titolo di misure eccezionali secondo quanto espressamente previsto dagli articoli 51 e 52 del TFUE, o giustificate, conformemente alla giurisprudenza della Corte, da motivi imperativi di interesse generale. Al riguardo, ha, altresì aggiunto che la Corte di Giustizia dell'Unione europea *«ha riconosciuto alcuni motivi imperativi di interesse generale, quali gli obiettivi di tutela dei consumatori e la prevenzione della frode e dell'istigazione a sperperare al gioco, nonché la generale esigenza di preservare l'ordine pubblico»*. Non solo. La Commissione ha anche aggiunto che *«(t)utti i problemi sociali riconosciuti possono essere tali da giustificare la necessità che le autorità nazionali dispongano di un sufficiente margine di discrezionalità nel determinare la tipologia di servizi offerti in questo settore necessaria per la tutela dei consumatori e dell'ordine pubblico»*. Ed ancora, rilevante importanza riveste quanto riportato dalla Commissione circa il relativo parere fornito dalla corte di Giustizia sul tema dei giochi d'azzardo *«secondo il quale i servizi di gioco d'azzardo offerti via internet presentano varie caratteristiche specifiche che consentono agli Stati membri di adottare misure che restringono o altrimenti disciplinano la prestazione di tali servizi, al fine di combattere la dipendenza dal gioco e proteggere i consumatori contro i rischi di frode e di criminalità<sup>12</sup>»*.

---

<sup>12</sup> Cfr. CGUE Causa C-67/98, Raccolta 1999, pag. I-07289; causa C-243/01, Raccolta 2003, pag. I-13031. 31 Causa C-243/01, Raccolta 2003, pag. I-13031; Causa C-203/08, Raccolta [0000], pag. I-0000. Causa C-42/07, Raccolta [2009] pag. I-7633, punto 69; cfr.

Sulla base delle conclusioni del Libro Verde sul gioco d'azzardo online la Commissione europea ha adottato la raccomandazione 2014/78/UE del 14 luglio 2014<sup>13</sup>, enunciando dei principi a cui gli Stati Membri avrebbero dovuto uniformarsi alla stregua dei quali la pubblicità non può avere lo scopo di incoraggiare la propensione al gioco, banalizzando il gioco ovvero aumentandone l'attrattività attraverso messaggi pubblicitari accattivanti che forniscano informazioni errate sulle possibilità di vincita.

Si è così introdotto un generale divieto di diffondere messaggi che neghino i rischi del gioco, che rappresentino il gioco come un modo per risolvere i problemi finanziari, ovvero inducano a credere che la competenza del giocatore possa permettere di vincere sistematicamente, e, infine, il divieto di diffondere messaggi diretti ad incentivare il credito al consumo ai fini del gioco.

Sul fronte della legislazione interna, come già precisato, il primo intervento in materia di contrasto alla pubblicità del gioco d'azzardo è stato introdotto con il d.l. 158/12, convertito in l. 189/2012 (c.d. decreto Balduzzi), che, all'art. 7 sanciva il divieto di diffondere messaggi pubblicitari di giochi con vincite in denaro nelle trasmissioni televisive e radiofoniche, nonché durante le rappresentazioni teatrali o cinematografiche non vietate ai minori. La norma disponeva altresì il divieto di messaggi pubblicitari di giochi con vincite in denaro su giornali, riviste, pubblicazioni nonché durante trasmissioni televisive e radiofoniche, rappresentazioni cinematografiche e teatrali.

Tale divieto si applicava anche agli operatori presenti nella rete Internet, che alimentavano lo stimolo ovvero ne esaltavano la sua pratica, ovvero ancora che davano l'avvertimento al pubblico, con messaggi ben visibili, del rischio di dipendenza dalla pratica del gioco. Infine, si impartiva la prescrizione per le pubblicità di riportare in modo chiaramente visibile la percentuale di probabilità di vincita che il soggetto aveva nel singolo gioco. Il decreto citato prevedeva una sanzione amministrativa il cui importo variava tra

---

anche sezione 2.4 (controlli) e domanda 48. 34 Causa C-42/07 e Causa C-46/08, Raccolta [0000], pagina I-0000, punto 103).

<sup>13</sup> In base alla quale la Commissione “*incoraggia gli Stati membri a realizzare un livello elevato di protezione per i consumatori, gli utenti e i minori grazie all'adozione di principi relativi ai servizi di gioco d'azzardo on-line e alla pubblicità e sponsorizzazione responsabile di questi servizi*”.

un minimo di 100.000 fino ad un massimo di 500.000 € per i trasgressori, irrogabile dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

La normativa in questione prevedeva altresì l’obbligo di riportare messaggi d’avvertimento sul rischio di dipendenza dalla pratica di giochi con vincite in denaro e sulle relative probabilità di vincita (in caso di omissione, la pena consiste in una sanzione amministrativa di 50.000 €): su schedine e tagliandi dei giochi; su apparecchi di gioco (c.d. AWP – *Amusement with prizes*), cioè su quegli apparecchi che si attivano con l’introduzione di monete o con strumenti di pagamento elettronico; nelle sale con videotermini (c.d. VLT – *Video lottery terminal*); nei punti di vendita di scommesse su eventi sportivi e non; ed infine nei siti internet destinati all’offerta di giochi con vincite in denaro.

Successivamente ulteriori divieti erano stati introdotti con la legge di stabilità per il 2016 (adottata con l. n.208 del 28 dicembre 2015).

In particolare i commi 937,938,939 e 940 dell’art. 1 della predetta Legge avevano esteso il divieto alle trasmissioni radiofoniche e televisive c.d. generaliste (per tali intendendosi i canali da 1 a 9 del telecomando che vengono trasmessi negli orari tra le 7 e le 22), prevedendo che il divieto di pubblicità si applicasse altresì a tutte quelle trasmissioni rivolte principalmente ad un pubblico di minori. Restavano invece esclusi dal divieto le TV a pagamento, le radio e i programmi televisivi di rilevanza locale ed infine i canali tematici sulle piattaforme a pagamento. In seguito sono state adottate ulteriori misure, quali la Convenzione con la concessionaria del Servizio Pubblico radiotelevisivo, che nei programmi RAI prevedevano *«l’assenza di messaggi pubblicitari sul gioco d’azzardo, secondo quanto previsto dal contratto nazionale di servizio in coerenza con la normativa vigente<sup>14</sup>»*.

#### **4. Il decreto Dignità ed il divieto assoluto di pubblicità dei servizi di gioco d’azzardo online**

Con l’adozione del decreto «Dignità» il precedente divieto, che ammetteva diverse deroghe, ha assunto un carattere assoluto. Infatti, l’articolo 9 del

---

<sup>14</sup> Cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 28 aprile 2017, art. 3, lett. r).

provvedimento citato ha sancito, al fine di rafforzare la tutela del consumatore e di inasprire le misure di contrasto alla ludopatia, *«[il divieto] di qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro, comunque effettuata e su qualunque mezzo, incluse le manifestazioni sportive, culturali o artistiche, le trasmissioni televisive o radiofoniche, la stampa quotidiana e periodica, le pubblicazioni in genere, le affissioni e internet».*

A partire dal gennaio 2019 è stata poi prevista l'applicazione del divieto anche alle sponsorizzazioni di eventi, attività, manifestazioni, programmi, prodotti o servizi ed a tutte le altre forme di contenuto promozionale, comprese le citazioni visive e acustiche e la sovraimpressione del nome, marchio, simboli, attività o prodotti la cui pubblicità era vietata.

Il comma 1° dell'articolo 9 citato si chiudeva con l'esclusione dal presente divieto delle lotterie nazionali ad estrazione differita, le manifestazioni di sorte locali ed infine i loghi sul gioco sicuro e responsabile dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli.

Successivamente, la legge 136 del 2018, di conversione del d.l. n.119 del 2018, denominato «Disposizioni urgenti in materia fiscale e finanziaria», ha escluso dal divieto anche la c.d. lotteria dei corrispettivi, individuati dall'art. 1, co. 540, della l.232 del 2016 (legge di bilancio 2017).

Il compito di vigilare sul rispetto di tale divieto era stato attribuito dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

In caso di trasgressione era prevista, ai sensi della l. 24 novembre 1981, n.689, *«l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria commisurata nella misura del 20% del valore della sponsorizzazione o della pubblicità e in ogni caso non inferiore, per ogni violazione, a euro 50.000»*, i cui proventi dovevano essere destinati al *«fondo per il contrasto al gioco d'azzardo patologico»*, precedentemente istituito con la già citata legge di bilancio del 2016. Infine, con riguardo ai contratti in corso di esecuzione si era stabilito che *«alla data di entrata in vigore del presente decreto resta(ss) applicabile, fino alla loro scadenza e comunque per non oltre un anno dalla data in vigore del presente decreto, la normativa vigente anteriormente alla medesima data di entrata in vigore».*

In seguito all'entrata in vigore del decreto, sono sorte varie posizioni critiche e richieste di pareri. Quanto alle prime, si è evidenziato come il divieto

di pubblicità fosse in contrasto con le agenzie di scommesse e gioco d'azzardo dotate di licenza, e, ancora, che lo stesso comportasse una perdita di competitività per le società calcistiche italiane<sup>15</sup>, che non avrebbero potuto più fare affidamento sui proventi loro derivanti dalle stesse sponsorizzazioni dai cc.dd. *bookmakers*.

L'AGCOM si induceva così ad indire una consultazione pubblica, tramite delibera 579/18/CONS, volta a raccogliere le opinioni degli operatori di settore in relazione all'attuazione dell'art. 9 del decreto Dignità. Le opinioni raccolte all'interno del Questionario, seppur non univoche, denunciavano, *in primis*, la contraddittorietà del quadro normativo, che da un lato consentiva l'attività di offerta del gioco a pagamento, disciplinandola attraverso il regime concessorio, mentre dall'altra ne vietava qualsiasi forma di comunicazione, violando altresì l'articolo 41 della Costituzione, avente ad oggetto la libertà d'impresa, e con essa le libertà fondamentali di cui agli artt. 56 e 62 del TFUE.

Ancora, era stato sottolineato come un divieto generalizzato di qualsiasi forma di comunicazione promozionale concernente il gioco a pagamento, nella misura in cui andava a colpire anche l'utilizzo di marchi e loghi autorizzati dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli, rendesse più difficile distinguere l'offerta di gioco legale da quella illegale, con buona pace della tutela del consumatore (obiettivo fondamentale, questo, insieme a quello del contrasto alla ludopatia, cui tendeva la norma in questione). La maggior parte degli operatori intervenuti aveva altresì chiesto di sottrarre al divieto le comunicazioni con finalità società, in quanto relative alle attività di natura etico sociale, svolte dall'impresa *«per salvaguardare e migliorare la condizione economico-sociale dell'area di influenza dell'impresa stessa»*.

Alcuni dei detti operatori avevano chiesto, tra l'altro, che non fosse assoggettato al divieto qualsiasi forma di comunicazione di natura promozionale B2B (*business to business*) ovvero qualsiasi comunicazione con finalità informativa, descrittiva ed identificativa dell'offerta legale di gioco a pagamento, ovvero ancora qualsiasi comunicazione non caratterizzata dalla pre-

---

<sup>15</sup> Ciò nonostante, occorre dire che l'esempio dell'Italia ha avuto seguito prima in Spagna e, attualmente, si discute se introdurlo in Inghilterra e Germania.

senza di una «*call to action*<sup>16</sup>» dei concorsi a premio, dei Casinò (in virtù del loro ruolo di vigilanza e di controllo con la Pubblica Amministrazione), ed infine le comunicazioni di contenuto promozionale rivolte a chi avesse rilasciato un consenso a riceverle o che comunque si fosse recato volontariamente nel contesto fisico o virtuale di gioco. Infine, è stata richiesta un'interpretazione non estensiva della c.d. pubblicità indiretta, proponendone nuove definizioni.

Sentite le opinioni degli operatori, l'AGCOM ha stabilito che esulavano dal divieto:

- le comunicazioni caratterizzate da un'esclusiva finalità descrittiva, informativa e identificativa dell'offerta di gioco legale, in quanto idonea a permettere una scelta di gioco consapevole. Sul punto, l'Autorità precisava che «*si presume promozionale, e quindi vietata, la comunicazione di contenuto informativo relativa al servizio di gioco effettuata in un contesto diverso da quello in cui viene offerto il servizio di gioco, atteso che in questo caso il consumatore potrebbe essere "spiazzato" dal c.d. "effetto a sorpresa"*<sup>17</sup>»;
- i servizi informativi di comparazione di quote o offerte commerciali dei diversi *competitor*, effettuati nel rispetto dei principi di trasparenza, contenenza e non ingannevolezza;
- l'esposizione di vincite presso i punti di vendita;
- la televendita di beni e servizi di gioco a pagamento, qualora questa avesse il fine esclusivo della conclusione di un contratto di gioco, senza altre finalità di natura promozionale; al qual riguardo occorre tuttavia sottolineare che era comunque presunta la valenza promozionale della televendita nel caso in cui questa fosse avvenuta nell'ambito del palinsesto televisivo generalista o semi generalista;
- le comunicazioni afferenti alla promozione di eventi diversi dall'offerta di gioco a pagamento svolti all'interno di un Casinò o di sale da gioco,

---

<sup>16</sup> Definita come ogni forma di comunicazione diffusa dietro pagamento o altro compenso, ovvero a fini di autopromozione, allo scopo di promuovere la fornitura, dietro pagamento, di beni o di servizi, al fine di indurre il destinatario ad acquistare il prodotto o servizio offerto.

<sup>17</sup> Delibera 132/19/CONS, Linee guida AGCOM di attuazione all'art. 9 del D.l. 87/18, 18 aprile 2019.

fermo restando il divieto di pubblicità promozionale (diretta e non) del gioco a pagamento;

- i segni distintivi del gioco legale del luogo di svolgimento dell'attività (es. insegne o domini di siti online ovvero il logo o il riferimento a servizi di gioco apposti sui vetri degli esercizi che forniscono tali servizi).
- le informazioni concernenti le caratteristiche dei prodotti e dei servizi offerti, rilasciate all'interno del luogo ove si offre il servizio a pagamento;
- le comunicazioni sociali di impresa;
- la citazione del concessionario quale finanziatore di un determinato progetto ovvero di un'offerta benefica;
- le comunicazioni tra operatori di settore (comunicazioni B2B);
- i servizi gratuiti di indicizzazione mediante algoritmo, ovvero i servizi offerti dai motori di ricerca o dai c.d. marketplace (Google Play, Apple Store);
- l'uso del marchio che riguardi ulteriori attività – aventi carattere autonomo – a condizione che non contenga alcun elemento identificativo del servizio e che non sussistano incertezze sull'oggetto della promozione.

Infine, con riguardo all'ambito di applicazione territoriale, l'Autorità ha avuto modo di stabilire come tutte le società aventi sede legale in Italia, incluse anche quelle secondarie, fossero sanzionabili. E, per contro, che non tutte le società con sede legale all'estero potessero essere assoggettate al divieto, a tal fine occorrendo che queste ultime avessero ricevuto la concessione dell'offerta del gioco a pagamento in Italia dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli, e che fossero state altresì autorizzate alla fornitura di servizi media audiovisivi nel nostro paese.

L'emanazione delle Linee Guida ha fatto insorgere un'accesa polemica tra l'allora Presidente AGCOM e l'attuale Ministro della Cooperazione e degli Affari Esteri, promotore della normativa in esame, a seguito della segnalazione dell'Autorità al Governo sulle criticità interpretative derivanti dall'introduzione del divieto in oggetto.

## 5. I principi dell'*home country control* e di proporzionalità nella regolamentazione della pubblicità del gioco d'azzardo nelle comunicazioni elettroniche

La regolazione della pubblicità del gioco d'azzardo e delle scommesse comporta comunque la limitazione di un rilevante mezzo di promozione dell'immagine di un gestore di un servizio, la cui libera circolazione è tutelata dall'art. 56 TFUE, da cui deriva il principio dell'*home country control* ovvero del principio del mercato interno. Infatti, molto spesso gli operatori del settore dei giochi e delle scommesse risiedono in altri paesi dell'Unione, i quali hanno adottato un tipo di regolazione meno stringente del fenomeno della pubblicità.

Il principio del mercato interno comporta «l'assoggettamento dell'operatore straniero al solo controllo delle Autorità del proprio Paese d'origine sia perché sono diversi i requisiti di accesso e permanenza sul mercato sia perché manca un circuito di controllo transnazionale che obblighi l'Autorità estera a fornire informazioni sul prestatore straniero all'Autorità di stabilimento/prestazione del servizio<sup>18</sup>».

Sul punto, pare opportuno fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, relativa ad una questione pregiudiziale avente ad oggetto il presunto contrasto di una disposizione dell'ordinamento portoghese con le libertà fondamentali di libera circolazione e prestazione di servizi. La disposizione oggetto della pronuncia della Corte, contenuta nell'art. 11, n.1, lett. a) e b) del d.l. n.282/2003, era volta ad attribuire, da un lato, alla Santa Casa (ente pubblico economico senza scopo di lucro) il diritto esclusivo di offrire lotterie e scommesse al totalizzatore su Internet e, dall'altro, a vietare qualsiasi pubblicità alle lotterie e alle scommesse a tutti gli altri operatori. In particolare il giudice del rinvio si domandava se la sua normativa nazionale, secondo cui il diritto esclusivo, riservato alla Santa Casa, di organizzare e gestire lotterie e scommesse sull'intero territorio nazionale si estendesse a tutti i mezzi di comunicazione elettronica, tra cui Inter-

---

<sup>18</sup> P. Fava, *Il principio del mercato interno (c.d. home country control) e le sollecitazioni internet a scommettere rivolte a consumatori italiani: le autorizzazioni straniere non producono effetti "paneuropei" in carenza di mutuo riconoscimento*, in *Corriere Giuridico*, 10/2006, 1440 e seguenti.

net fosse contraria al diritto dell'Unione e, di conseguenza, alla libera prestazione dei servizi, alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali e dei pagamenti, previste agli artt. 49,52, 54 e 63 TFUE. Con riferimento a quest'ultimo profilo, pare opportuno riportare le conclusioni dell'Avv. Generale Bot, il quale ricordava come la normativa di cui si discute, pur costituendo pacificamente una limitazione della libertà di stabilimento, doveva comunque ritenersi «*conforme al diritto comunitario se [era] giustificata da un motivo imperativo di interesse generale, se [era] atta a conseguire lo scopo perseguito e se non eccede[va] quanto necessario per raggiungerlo. In ogni caso, essa d[oveva essere] applicata in maniera non discriminatoria*<sup>19</sup>». Aggiungeva poi che, rientrando la disciplina dei giochi e delle scommesse in un complesso di norme non armonizzato da quelle europee, spettava al singolo Stato membro la disciplina di tale attività, purché idonea al raggiungimento del motivo di interesse generale perseguito, proporzionale e non discriminatoria<sup>20</sup>. I motivi imperativi di interesse generale riguardavano la tutela del consumatore e l'ordine pubblico, così da imporre una deroga alla libertà di circolazione e stabilimento, nonché al principio del mercato interno, che prevedeva un regime rispettoso del principio di proporzionalità nel caso del settore dei giochi e delle scommesse. Affermazioni, queste, destinate ad avere ancor più valore nel nostro paese, soprattutto in ragione del fatto che con il già citato Decreto Balduzzi la ludopatia era stata inserita tra i livelli essenziali di assistenza, trovando così copertura all'interno del Servizio sanitario Nazionale.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea successivamente ha avuto modo di trovarsi davanti a due casi analoghi, nelle cause C-203/08 e C-258/08 (The Sporting Exchange Ltd. c. il Minister van Justitie, Ladbrokes Betting & Gaming, Landbrokes International Ltd c. Stichting de Nationale Sporttotalisator). Nelle sue conclusioni l'Avv. Generale ha avuto modo di ribadire quanto precedentemente stabilito con la passata giurisprudenza: «*l'art. 49*

---

<sup>19</sup> Conclusioni dell'Avv. Gen. Bot – Causa C-42/07, punto 234, p.7680.

<sup>20</sup> Tale principio è stato accolto più volte nella giurisprudenza dell'Unione: cfr. le sentenze 14 dicembre 1979, causa 34/79, Henn e Darby, Racc. pag. 3795, punto 15; 24 marzo 1994, causa C-275/92, Schindler, Racc. pag. I-1039, punto 32; 20 novembre 2001, causa C-268/99, Jany e a., Racc. pag. I-8615, punti 56 e 60, nonché Placanica e a., cit., punto 4.

*CE deve essere interpretato nel senso che la circostanza che un prestatore di giochi on-line sia autorizzato ad esercitare tale attività dallo Stato membro nel cui territorio è stabilito non osta a che le autorità competenti di un altro Stato membro, dove i giochi di azzardo sono assoggettati ad un sistema di autorizzazione limitato ad un solo operatore, vietino ad un tale prestatore di proporre giochi via Internet alle persone residenti nel territorio di tale altro Stato membro<sup>21</sup>».*

Infine, merita di essere menzionata la risoluzione adottata dal Parlamento europeo del 10 settembre 2013 con riferimento al gioco d'azzardo online, nella quale si *«chiede che la pubblicità dei giochi d'azzardo online sia consentita soltanto per i prodotti legali; ritiene che non debba mai essere permesso pubblicizzare i servizi di gioco d'azzardo online esagerando le probabilità di vincita, dando così la falsa impressione che il gioco d'azzardo sia una strategia ragionevole per migliorare la propria situazione economica; ritiene che la pubblicità debba contenere chiare informazioni in merito alle conseguenze del gioco d'azzardo compulsivo<sup>22</sup>».*

Non senza peraltro sottolineare che gli Stati Membri, in applicazione del principio di sussidiarietà, hanno la possibilità di introdurre strumenti restringenti del gioco d'azzardo online, il cui unico limite è il principio di proporzionalità, in quanto tale misura deve essere trasparente, non discriminatoria ed infine proporzionata all'obiettivo da raggiungere (lett. f, h, e par. 29).

Quanto alla competenza in ordine all'applicazione o meno del principio di proporzionalità, si rileva che la stessa è riservata al giudice di rinvio, come stabilito dalla giurisprudenza dell'Unione, il quale dovrà a sua volta accertare la compatibilità delle norme relative alla concorrenza con i motivi di interesse generale su cui si basa la norma nazionale contrastante (cfr. par. 75 sentenza Gambelli, 6 novembre 2003, causa C-243/01). A ciò si aggiunge che la citata giurisprudenza euro unitaria ha precisato che non siano invocabili motivi di interesse generale *«laddove le autorità di uno Stato membro inducano ed incoraggino i consumatori a partecipare alle lotterie, ai giochi d'azzardo o alle scommesse affinché il pubblico erario ne benefici sul piano finanziario, le autorità di tale Stato non possono invocare l'ordine*

---

<sup>21</sup> P. 124 delle conclusioni dell'Avvocato generale Bot nelle cause C-203/08 e C-258/08.

<sup>22</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 10 settembre 2013 sul gioco d'azzardo online.

*pubblico sociale con riguardo alla necessità di ridurre le occasioni di giuoco per giustificare provvedimenti come quelli oggetto della causa principale<sup>23</sup>».*

Fermo quanto precede in ordine al contesto giuridico e politico, sia nazionale che euro unitario in cui la detta normativa è nata, pare opportuno fare riferimento a due occasioni in cui l'AGCOM si è trovata a vigilare su quanto disposto dall'art. 9 del Decreto dignità, ferme restando le esclusioni di cui alle Linee Guida AGCOM citate.

## **6. Il caso Google**

Uno dei primi casi in cui l'Autorità si è trovata a vigilare sul rispetto del divieto di cui all'art. 9 del Decreto Dignità riguarda la delibera n. 541/20/CONS, con la quale l'AGCOM, nell'ambito dell'attività di monitoraggio d'ufficio, ha sanzionato Google con una sanzione pari a 100.000,00 euro per aver diffusione, sul motore di ricerca www.google.com, pubblicità di siti che svolgono attività di gioco e scommessa a pagamento (nello specifico, alla pagina di ricerca www.google.com, digitando la parola chiave «Casinò online», nella lista indicata dal motore di ricerca, appare il sito <http://sublime-casino.com>).

Più in dettaglio, si legge nelle motivazioni del predetto provvedimento che il Gruppo Google ed in particolare le società Google Inc., Google Ireland Limited e Google Italy S.r.l. hanno presentato durante il procedimento una memoria difensiva, mediante la quale è si è eccepito:

a) la carenza di legittimazione passiva di Google LLC e Google Italy S.r.l., fondata sul rilievo che il servizio di Google Ads è fornito dalla società Google Ireland, mentre le altre due società notificate non svolgono alcun ruolo nella gestione del servizio in questione.

b) l'irresponsabilità per il contenuto degli annunci.

La difesa di Google si basava sul fatto che Google Ireland è, a proprio dire, un *hosting provider* che, ai sensi dell'art.16, d.lgs. 70/2003 (che recepisce le disposizioni di cui alla direttiva 31/2000/CE), deve ritenersi irresponsabile

---

<sup>23</sup> Cfr. Sentenza Gambelli, 6 novembre 2003, causa C-243/01, p.69.

per «le informazioni ospitate su richiesta del destinatario del servizio a condizione che non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso<sup>24</sup>». Inoltre, Google sottolineava, che anche l'art. 17 non prevedeva un obbligo generale di sorveglianza delle informazioni ospitate o di ricerca attiva di fatti o circostanze relative ad attività illecite. Ed inoltre affermava di aver fatto rispettare il divieto imposto dall'art. 9 del Decreto Dignità, modificando le norme pubblicitarie relative ai giochi e alle scommesse, ribadendo l'insussistenza delle proprie responsabilità in relazione all'annuncio contestato. Proseguiva distinguendo tre tipi di responsabilità: una responsabilità di primo grado, concernente il contenuto dell'annuncio; una responsabilità di secondo grado, relativa alla pagina di destinazione; una responsabilità di terzo grado, afferente i siti cui rimandano i *links* presenti sulla pagina di destinazione. Affermava ancora che quest'ultima responsabilità non poteva essere posta in capo a Google Ireland, poiché Google Ireland era stata, a sua volta, vittima dell'inserzionista che, attuando una condotta di aggiramento denominata *cloaking* – consistente nel mostrare al *software* una pagina di destinazione dell'annuncio conforme alla normativa, per mostrarne un altro agli utenti – aveva eluso la vigilanza esercitata da Google. Ed infine contestava l'importo della sanzione irrogata, rilevando come lo stesso dovesse essere contenuto nei minimi edittali.

L'Autorità, nel provvedimento adottato, disaccoglieva le eccezioni sollevate da Google e, dunque, confermava le contestazioni precedentemente notificate, nel ritenuto presupposto che:

a. il servizio Google Ads non constava in un semplice immagazzinamento del contenuto pubblicitario creato dall'inserzionista, ma piuttosto prevedeva che lo stesso fosse elaborato all'interno del sistema, con una previa verifica volta a garantire l'efficace posizionamento rispetto alle parole di ricerca inserite dagli utenti e alla profilazione della loro navigazione.

b. il servizio di Google Ads non configurava un servizio di hosting, in quanto non si limitava alla mera memorizzazione di dati, ma, altresì, la diffusione per i siti destinatari;

---

<sup>24</sup> Cfr. Delibera n. 541/20/CONS, p.4.

c. non fosse condivisibile l'assunto circa il ruolo meramente passivo di Google Ads, dal momento che la sua attività non si declinava attraverso un banale caricamento con il quale la società metteva a disposizione lo spazio (*«qui lo spazio viene venduto e lo spazio venduto diviene oggetto di promozione, grazie all'indicizzazione privilegiata che vede “salire” il sito, per consentire maggiori visualizzazioni da parte degli utenti<sup>25</sup>»*) e che la memorizzazione dei dati era solo un'attività strumentale a quella principale che riguardava la promozione diretta di scommesse e giochi a pagamento, vietata nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 9 del Decreto dignità.

d. seppure Google avesse modificato le sue norme pubblicitarie, lo aveva fatto senza adeguare i parametri del software impiegato, permettendo così all'inserzionista di inserire parole chiave da associare all'annuncio e, dunque, senza che le operazioni di verifica adottate dalla stessa adottate avessero inciso sulla pubblicazione dell'annuncio per aver omesso del tutto di considerare da un canto, che le uniche deroghe al divieto ivi previste riguardavano la pubblicità proveniente da enti statali, di lotteria ad estrazione differita, e, dall'altro, che il collegamento operato dall'inserzionista fra il proprio annuncio e la parola chiave «Casinò online» ne rendeva comunque palese il riferimento ad attività di gioco d'azzardo o a premi in denaro, indipendentemente dal fatto che il sito non avesse consentito la partecipazione diretta a giochi d'azzardo e/o scommesse, dal momento che il divieto di cui il precitato art. 9 riguardava ogni forma di pubblicità, sia diretta che indiretta.

Alla stregua di queste premesse, con delibera n.541/20/CONS l'Autorità aveva conseguentemente ritenuto:

1. di determinare la violazione delle disposizioni contestate in complessivi 100.000,00 €, nei confronti di Google Ireland Limited, quantificando nel minimo edittale di 50.000 € la sanzione per ogni giornata (le condotte contestate riguardano le giornate del 14 e del 15 novembre 2019) in cui erano state attuate gli illeciti, applicando il criterio del concorso materiale di illeciti;

2. di affermare la gravità della condotta ascritta a Google in quanto, seppure avesse riguardato episodi isolati, appariva lesiva del bene giuridico pro-

---

<sup>25</sup> Cfr. Delibera n.541/20/CONS, p.8.

tetto dalla norma, che «*esige una tutela rafforzata proprio al fine di evitare effetti pregiudizievoli in danno ai consumatori*<sup>26</sup>».

La società Google Ireland si duoleva di siffatta ordinanza-ingiunzione proponendo ricorso al TAR per il Lazio basato principalmente sui seguenti motivi:

- carenza assoluta di attribuzione, in applicazione del principio dell'«*home country control*»;
- violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 5 e 6 della Direttiva (UE) 2015/1535, in quanto l'articolo 9 del decreto dignità costituirebbe una regola tecnica non notificata alla Commissione;
- manifesta violazione dell'articolo 14 della direttiva 31/2000/CE e degli articoli 16 e 17 del d.lgs. 70/2003;
- ulteriore violazione delle medesime norme, nella parte in cui l'Autorità avrebbe attribuito alla ricorrente una responsabilità oggettiva per gli annunci generati dagli utenti del servizio Google ADS, contrariamente a quanto stabilito dal regime di responsabilità propria degli *hosting providers*, non considerando che, pur non essendovi obbligata, la ricorrente avrebbe comunque posto in essere tutte le azioni per evitare la violazione del decreto da parte degli inserzionisti;
- misura della sanzione in ragione della mancata applicazione del regime del cumulo giuridico.

Con la sentenza del 28 ottobre 2021, n.11036 del TAR Lazio il ricorso proposto da Google Ireland era stato accolto per la parte del provvedimento sanzionatorio in cui si contestava la violazione degli artt. 14 della Direttiva 31/2000/CE e 16 e 17 del D.lgs. 70/2003, ritenendo che la stessa non poteva considerarsi responsabile riconoscendo in quanto operatore di servizi di *hosting* passivo. La detta sentenza aveva viceversa ritenuto legittima, e dunque confermata, la delibera pronunciata dall'AGCOM in relazione ai primi due motivi dianzi richiamati, sul duplice presupposto che:

A) quanto al primo motivo non era stato possibile applicare il principio del paese di origine in quanto sia la giurisprudenza euro unitaria sia la risoluzione del Parlamento europeo del 2013 già citata ammettevano la restrizione dei principi di libera concorrenza e libertà di stabilimento sulla base di

---

<sup>26</sup> Cfr. Delibera n.541/20/CONS, p.11.

motivi di interesse generale, che venivano individuati nella tutela del consumatore e nel contrasto alla ludopatia, alla stregua dei quali *«il potere sanzionatorio dell’Autorità nei confronti dei soggetti stabiliti all’estero non possa ritenersi limitato neppure dalla sopra riportata previsione di cui all’art. 4 delle Linee Guida, alle quali il Collegio non riconosce natura di atto amministrativo precettivo»* e che una difforme interpretazione avrebbe comportato *«una inammissibile limitazione, ad opera di un atto amministrativo, dell’efficacia di una norma di legge che non esclude dalla propria applicabilità i soggetti stabiliti all’estero»*;

B) quanto al secondo motivo, il Tribunale amministrativo ha stabilito che l’art. 9 del Decreto dignità non poteva *«infatti essere ricondotto ad una “regola o specifica tecnica” nei termini di cui all’art. 1, comma 1, lett. f), della direttiva 2015/1535/UE, in quanto lo stesso non attiene ad un servizio della società dell’informazione come tale (ossia specificamente considerato), bensì alla pubblicità del gioco d’azzardo con qualsiasi mezzo effettuata, cioè non necessariamente tramite servizi web»*.

C) quanto poi ai motivi accolti, il TAR, dopo aver inizialmente descritto il servizio offerto da Google ADS, richiamando la giurisprudenza unionale (Corte di Giustizia Grande Sezione, 23 marzo 2010, n. 236), senza muovere alcun rilievo in ordine alla ritenuta irresponsabilità della ricorrente quale società operatrice di servizi di hosting provider passivo, l’Autorità non ha opposto alcuna critica, ha comunque evidenziato come fosse determinante ai fini della responsabilità di Google ADS *«il fatto di avere consentito, in qualità di proprietaria del mezzo di diffusione messo a disposizione degli inserzionisti, peraltro in via onerosa, la divulgazione del messaggio illecito attraverso diversi siti internet destinatari dello stesso, ciò che renderebbe inapplicabili le invocate limitazioni di responsabilità previste per gli hosting provider»*, e come in ogni caso, le disposizioni concernenti l’articolo 14 della direttiva sul commercio elettronico 31/2000/CE e l’articolo 16 del D.Lgs 70/2003 costituissero *«espressione di principi generali applicabili anche al caso di specie, in quanto delineano il modello della responsabilità dei diversi operatori che agiscono nella società dell’informazione attualmente vigente a livello unionale e nazionale»*.

Dopodiché ha conseguentemente ritenuto che nel caso concreto l’intervento del gestore non sembrava aver avuto carattere *«intenzionale»*,

non essendo stata contestata, né provata, la «*piena cognizione delle conseguenze del comportamento*» del gestore, emergendo per contro che quest'ultimo - che ha predisposto un sistema idoneo ad impedire la pubblicazione degli annunci illeciti – si era prontamente attivato per rimuovere l'annuncio che aveva forzato il sistema di sicurezza, approntando le cautele ed attività che l'operatore di normale diligenza doveva porre in essere per poter beneficiare dell'esonero di cui agli artt. 14 della Direttiva 31/2000/CE e 16 d.lgs. 70/2003.

Al proposito veniva richiamata la sentenza 236/2010 della Corte di Giustizia dell'Unione europea, concernente lo stesso servizio fornito da Google ADS, là dove era stato «*che la strumentalità necessaria della piattaforma nella diffusione di contenuti non leciti non costituisce, di per sé, indice di responsabilità del gestore della stessa, dovendosi invece avere riguardo al carattere intenzionale dell'intervento, consistente nel "fatto di intervenire con piena cognizione delle conseguenze del proprio comportamento" (par. 81) nonché alla circostanza che il gestore della piattaforma, messo al corrente dell'illecito consumato attraverso quest'ultima, "si astenga dal mettere in atto le opportune misure tecniche che ci si può attendere da un operatore normalmente diligente nella sua situazione" (84); peraltro il "carattere lucrativo dell'intervento" non è di per sé decisivo ai fini dell'assunzione di responsabilità (86)*».

Ed ancora il TAR aveva altresì richiamato la giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato (Cfr. Cassazione civile sez. I, 16 settembre 2021, n. 25070, id. 19 marzo 2019, n. 7708; Cons. di Stato, sez. VI, 18 maggio 2021 n. 3851) secondo la quale al fine di qualificare come attivo il servizio di hosting, occorre che si trattasse «*di condotte che a[vessero] in sostanza l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte degli utenti, il cui accertamento in concreto non [poteva] che essere rimesso al giudice di merito*».

D) quanto infine ai restanti motivi, li aveva ritenuti i restanti assorbiti in assenza di interesse della ricorrente, aveva pertanto annullando per l'effetto la delibera impugnata.

## 6.1. Il caso «Il Giunco S.r.l.»

Con la delibera n. 22/21/CONS, adottata il 28 gennaio 2021, l’Autorità aveva ritenuto responsabile della violazione di cui all’art. 9 del Decreto dignità il sito della testata giornalistica locale «*Il Giunco.net Il quotidiano on line della Maremma*» per aver riportato, attraverso la sua pagina web, la pubblicità di un gioco con vincita in denaro. Nel sito web era stato pubblicato un articolo, il cui contenuto, anziché essere informativo, era volto a promuovere il gioco di scommesse online tramite un collegamento ipertestuale.

Nello specifico, la pagina web riportava, a titolo esemplificativo, sotto il titolo «*Quale casinò online scegliere? Ecco alcune dritte*», un messaggio che, nel fare «*riferimento ai casinò online, piattaforme che raccolgono al loro interno tutti i giochi di gambling delle tradizioni, ma convertiti in digitale (dunque software)*»; dava ai lettori alcuni consigli, con l’intenzione di far «*capire come scegliere un casinò telematico, e quali dettagli tenere in considerazione*<sup>27</sup>»).

---

<sup>27</sup> La pagina web presente sul sito internet WISECASINO.NET, riporta, a titolo esemplificativo, le seguenti scritte: “lista con i migliori casinò on line con bonus e informazioni”, “ELENCO DEI MIGLIORI PORTALI DI CASINÒ ONLINE PER IL 2020 CON INFORMAZIONI SUI PUNTI DI FORZA DI CIASCUN OPERATORE AAMS. Se vuoi giocare online ma non sai come scegliere il casino giusto in cui tentare la fortuna, qui trovi la lista dei siti che offrono il livello qualitativo più elevato tra tutti quelli che abbiamo provato. Questa lista non contiene di certo tutte le case da gioco virtuali AAMS valide, sicure e affidabili, ma rappresenta un ottimo punto di partenza per chi vuole puntare in sicurezza e senza pensieri nei maggiori portali di gioco a 3 22/21/CONS livello italiano. Tutte le sale virtuali qui riportate sono ovviamente in italiano e hanno una regolare concessione AAMS. Per ognuna sono riportati anche i punti di forza, le caratteristiche di base e un riassunto dei bonus offerti. Non vi resta che scegliere!”. Segue un elenco che riporta le denominazioni di alcuni portali di casinò on line con l’indicazione delle relative offerte di gioco - es. “5€ + 90 giri gratis + 1000€” -. Seguono, inoltre, una serie di comunicazioni dedicate, esclusivamente, ai servizi di gioco offerti da ciascun portale di casinò on line, come “PUNTI DI FORZA: QUALITÀ E QUANTITÀ DI GIOCHI E SLOT MACHINES. [...] offre un ambiente di gioco eccellente con un numero enorme di giochi: slots, poker, roulette, blackjack e skill games di diversi produttori software, tra cui Playtech e NetEnt. [...]”. Infine, compaiono ulteriori scritte: “COME DECIDERE QUAL È IL MIGLIORE CASINO IN CUI GIOCARE? [...] SCEGLIERE IL TOP PER QUANTO RIGUARDA I BONUS [...] VALUTARE I PAYOUT PIÙ ALTI [...] SELEZIONARE I GIOCHI E LE SLOT PIÙ BELLI [...]”.

La società, attraverso memorie scritte ed in sede di audizione, aveva contestato ogni addebito, opponendo che:

- il dominio della piattaforma era generico e non rimandava ad alcuna piattaforma specifica;
- il contenuto dell'articolo non ricadeva né nell'ambito della pubblicità indiretta né eccedeva le finalità informative proprie di un articolo giornalistico;
- escludeva qualsiasi effetto sorpresa in danno al consumatore, poiché *«chi accede al link ipertestuale in questione va consapevolmente alla ricerca di informazioni sulle piattaforme on line di giochi in quanto vi ha un interesse specifico indipendente e antecedente alla lettura dell'articolo (e non, invece, un interesse indotto dalla lettura delle informazioni)»*;
- infine, contestava l'ammontare della sanzione nel minimo edittale di 50.000 €, sottolineando come già a suo tempo, nella stesura delle Linee Guida sull'applicazione dell'art. 9 citato, l'Autorità avesse avuto modo di definire sproporzionato tale importo.

L'Autorità, riteneva per contro che il sito web del già menzionato quotidiano online, nell'avvalersi di un collegamento ipertestuale che rimandava ad un sito esterno, non avesse realizzato una condotta con finalità informative, ma, piuttosto «promozionali» dei casinò definiti «migliori». In particolare ravvisava la presenza del c.d. effetto sorpresa, poiché il lettore, facendo affidamento sul presunto articolo a scopo informativo, poteva essere tratto in inganno dal prodotto e/o servizio di gioco.

Con riferimento al *quantum* della sanzione, l'Autorità aveva disatteso le eccezioni sollevate dalla società Il Giunco, precisando che rientrava nella discrezionalità del legislatore l'introduzione di trattamenti sanzionatori di maggiore o minor vigore, e che comunque i suoi poteri erano limitati in modo rigoroso dalla norma.

Avverso il suindicato provvedimento, la società Il Giunco s.r.l. proponeva ricorso al TAR Lazio che, con sentenza del 21 ottobre 2021, n.2705/2021, lo rigettava, confermando il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità. Prendendo le mosse dall'impugnazione della società Il Giunco, questa risultava basata sulle seguenti censure:

- errata applicazione del divieto di cui all'articolo 9 del Decreto Dignità, in quanto il messaggio pubblicitario contenuto nell'articolo sarebbe ricom-

preso tra le ipotesi di esclusione individuate dalle linee guida dell'AGCOM di cui alla delibera 589/18/CONS;

- violazione delle norme europee concernenti il diritto alla concorrenza e le libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

Indi il proposto ricorso si concludeva con la proposizione della questione di illegittimità costituzionale dell'art. 9 comma 1 del citato decreto per contrasto con gli artt. 3 e 41 della Costituzione e per violazione del principio del legittimo affidamento, proporzionalità e del principio della certezza del diritto, nonché in relazione agli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione, ed al principio di proporzionalità.

La sentenza TAR n.2705/2021 ha disaccolto le censure proposte in quel ricorso per le considerazioni di seguito indicate:

- anzitutto ha ritenuto corretta l'applicazione dell'articolo 9 al caso concreto, sostenendo che l'articolo del quotidiano «Il Giunco» integrasse una pubblicità indiretta, definita come *«ogni forma di comunicazione diffusa dietro pagamento o altro compenso, ovvero a fini di autopromozione, allo scopo di promuovere la fornitura, dietro pagamento, di beni o di servizi, a prescindere all'esplicita induzione del destinatario ad acquistare il prodotto o servizio offerto»* e non come *«le comunicazioni di mero carattere informativo fornite dagli operatori di gioco legale»* fattispecie individuata dall'articolo 5, par. 5, delle predette Linee Guida adottate dall'Autorità;
- quindi ha ritenuto generico il secondo motivo, osservando che, sulla base della giurisprudenza euro unitaria, con riferimento al settore dei giochi e delle scommesse, apparivano legittime le restrizioni ai principi di cui agli artt. 49-55, 56-62, 101-102 TFUE *«se poste a titolo di misure derogatorie per ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, espressamente previste dall'art. 52 TFUE applicabile anche in materia di libertà di servizi in virtù dell'art. 62 TFUE, ovvero per motivi imperativi di interesse generale, quali la tutela dei consumatori nonché la prevenzione dell'incitamento dei cittadini alle spese eccessive legate al gioco (sentenza Digibet e Albers C-156/13)»*;
- ha poi disatteso la questione di legittimità costituzionale contenuta nel terzo motivo, per una presunta violazione dei principi di cui agli artt. 2,3, 41 e 97 Cost., affermando come *«non [fosse] configurabile una lesione*

*della libertà di iniziativa economica privata allorquando l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale»;*

- passando al profilo del *quantum* sanzionatorio, ha evidenziato come non fossero applicabili i principi derivanti dalla giurisprudenza del Giudice delle Leggi (sentenza 185/2021) poiché il legislatore nel determinare la sanzione conseguente alla violazione del divieto, aveva previsto non una pluralità di condotte, bensì una sola, introducendo comunque una «forbice edittale» consistente in una sanzione di importo pari al venti per cento del valore della sponsorizzazione o della pubblicità e in ogni caso non inferiore, per ogni violazione, a 50.000,00 euro.
- infine ha osservato che non fosse ravvisabile una lesione del principio del legittimo affidamento, ritenendo non sovrapponibile al caso di specie la sentenza n.185/2021 della Corte Costituzionale, anch'essa concernente il settore dei giochi e delle scommesse.

## 7. Conclusioni

Il contrasto alla ludopatia e il rafforzamento della tutela del consumatore nei confronti di ogni forma di pubblicità idonea a trarre in inganno l'utente sono obiettivi assolutamente condivisibili.

Malgrado ciò, l'introduzione del divieto assoluto deve necessariamente prevedere delle deroghe miranti ad evitare il contrasto sia con il principio di libertà d'impresa che con il principio di uguaglianza.

Sul punto, le esclusioni dalle Linee Guida di alcuni tipi di comunicazioni operate dall'Autorità sembrano rispettare la *ratio* della disposizione dell'art. 9 del Decreto dignità (ad esempio facendo salve le comunicazioni B2B, le comunicazioni «*corporate*», l'esposizione di vincite presso i punti esercenti il servizio, ecc.).

Inoltre, la deroga prevista per la pubblicità degli enti statali sembrerebbe comportare una chiara avversione nei confronti degli operatori privati, ed appare perciò lesiva del principio di uguaglianza formale e del diritto alla concorrenza.

Sotto questo profilo non può poi mancare di evidenziare che la sanzione conseguente al divieto in commento si colloca nel sistema come un'autentica

struttura giuridica di dubbia legittimità costituzionale, in quanto si pone in contrasto con una recente sentenza della Corte Costituzionale (Corte Cost., sentenza n.185/2021), con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo - per violazione dell'art. 3, in combinato disposto con gli artt. 42 e 117 della carta costituzionale - l'articolo 7, comma 6 del già citato Decreto Balduzzi, che prevede una sanzione amministrativa pecuniaria pari a cinquantamila euro a carico del titolare della sala o del punto di raccolta o di vendita dei giochi per l'inosservanza degli obblighi a carattere informativo sul rischio di dipendenza dal gioco d'azzardo di cui all'articolo 7, co.5, dello stesso decreto, senza perciò consentire all'autorità ed al giudice di modularla in relazione al caso concreto, secondo i criteri indicati dall'art. 11 della legge n. 689 del 1981.

Nella citata pronuncia, infatti, il Giudice delle leggi ha sottolineato che la natura vincolante del trattamento sanzionatorio impedisce di tener conto della diversa gravità concreta dei singoli illeciti, in funzione dell'ampiezza dell'offerta di gioco e dal tipo di violazione commessa, prevedendo, come anche nell'articolo 9 del citato Decreto Dignità, un presidio sanzionatorio caratterizzato da una forbice edittale particolarmente severa consistente una sanzione amministrativa pecuniaria di importo pari al 20 per cento del valore della sponsorizzazione o della pubblicità e in ogni caso non inferiore, per ogni violazione, a euro 50.000.

La stretta rilevanza del principio così affermato in relazione alla sanzione amministrativa irrogata per la violazione del divieto di cui all'articolo 9 del Decreto Dignità non sembra seriamente revocabile in dubbio, ancorché il giudice amministrativo che si è pronunciato sul caso «*Il Giunco Srl*» abbia ritenuto non applicabile al divieto in commento<sup>28</sup> le considerazioni svolte

---

<sup>28</sup>Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n.185/2021: «*La questione da ultimo risolta dalla Corte costituzionale, ritiene il Collegio, non è tuttavia pienamente sovrapponibile a quella in esame. Va infatti osservato che la norma dichiarata incostituzionale prevedeva un'unica sanzione, di misura fissa, pari a 50.000,00 euro, per l'inosservanza di plurimi obblighi di condotta, pure contemplati dalla stessa disposizione, di "diversa gravità concreta". Tale circostanza non ricorre però nel caso di specie, allorché, da un lato, il legislatore non ha individuato una pluralità di illeciti di diversa gravità, necessitanti pertanto una graduazione della sanzione, ma ha definito un'unica condotta illecita, ovvero la violazione del divieto di qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro nonché al gioco d'azzardo, comunque effet-*

dalla Corte Costituzionale, attesane la riconducibilità ad «forbice editale», parimente in contrasto con i criteri indicati dall'articolo 11 della legge del 24 novembre 1981, n.689, là dove non si tiene conto né della *«gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche»* sanzionando allo stesso modo soggetti le cui condizioni economiche possono differire di molto tra loro (si pensi al proprietario di un bar e una società come Google, YouTube, ecc.<sup>29</sup>), senza perciò prevedere alcun tipo di modulazione della sanzione né tener conto che – ad esempio – una pubblicità effettuata sulla rete internet possa incentivare la ludopatia ed il ricorso al gioco d'azzardo in misura maggiore rispetto ad una promozione pubblicitaria effettuata all'interno di un qualsiasi bar o rivendita tabacchi.

Tanto è a dirsi, infatti, anche dal punto di vista della regolamentazione delle comunicazioni elettroniche, dal momento che il divieto in esame costituisce, insieme all'obbligo di iscrizione al Registro degli operatori delle comunicazioni per i cc.dd. «*call center*», previsto dall'articolo 1, comma 243 della l. 232/2016 (legge di bilancio 2017<sup>30</sup>), un caso di sanzione amministra-

---

*tuata e su qualunque mezzo; dall'altro, ha previsto una forbice editale, seppure di marcata severità, non avulsa dal caso concreto, avendo infatti stabilito una sanzione di importo pari al venti per cento del valore della sponsorizzazione o della pubblicità e in ogni caso non inferiore, per ogni violazione, a 50.000,00 euro.*

<sup>29</sup> Tale considerazione è stata condivisa dalla Suprema Corte di Cassazione in una recente ordinanza, la n. 39763 del 13 dicembre 2021, dove la Corte ha rilevato come vada *«rammentato che i servizi prestati on line e, segnatamente, l'attività di hosting hanno subito nel corso degli ultimi anni un'evoluzione radicale. La cernita ed il riordino dei contenuti, lungi dall'essere assorbiti dalla nozione di mera memorizzazione, sono invece oggi il cuore dell'attività economica di un hosting provider. Grazie a sistemi di data mining (insieme di tecniche e metodologie che hanno per oggetto l'estrazione di informazioni utili da grandi quantità di dati attraverso metodi automatici o semi-automatici e il loro utilizzo scientifico, aziendale, industriale o operativo) e di elaborazione massiva di big data, questi prestatori di servizi sono in grado di trarre enormi guadagni dalla loro attività di hosting. Attraverso complessi sistemi di profilazione dell'utenza, gli operatori hanno la capacità di intercettare le preferenze dell'utenza, in modo da variare l'offerta dei contenuti a seconda dei 9 di 16 destinatari e di aumentare a dismisura le visualizzazioni, di fatto contribuendo, in modo causalmente determinante, alla diffusione o meno di prodotti illeciti.»*

<sup>30</sup> *«11. Tutti gli operatori economici che svolgono attività di call center su numerazioni nazionali devono, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente*

tiva con un presidio sanzionatorio secco (o quasi). Tant'è che, ad esempio, il nuovo testo unico sulla fornitura di servizi media audiovisivi<sup>31</sup>, adottato nelle scorse settimane non prevede una sanzione del genere in caso di violazione degli obblighi posti al suo interno per i soggetti del settore media audiovisivo.

E tutto ciò a prescindere dalla particolare contraddittorietà del ruolo assunto in materia dallo Stato, che da una parte ottiene un ingente prelievo fiscale del gioco d'azzardo tramite il sistema delle licenze e delle concessioni e dall'altro adotta misure di contrasto alla ludopatia, non senza comportare, come segnalato dalla giurisprudenza euro unitaria citata (sentenza Gambelli, p.69), delle difficoltà applicative del divieto, in quanto l'articolo 9, comma 1 del Decreto Dignità prevede appunto l'inapplicabilità del divieto di pubblicità ai loghi sul gioco sicuro e responsabile dell'ADM.

Rimane peraltro innegabile che il contrasto al gioco d'azzardo sia quanto mai necessario, in ragione del preoccupante aumento delle puntate registrato negli ultimi anni, quale è emerso dalla pubblicazione nel Libro Blu del 2019, ad opera dell'ADM, di un'intera sezione dedicata alla regolazione del gioco d'azzardo e/o scommesse. In tale relazione veniva infatti segnalata una diminuzione dei giochi «fisici» a fronte di un cospicuo aumento dei giochi «a distanza»<sup>32</sup>: aumento, questo, riguardante sia il settore della raccolta, delle vincite e della spesa, laddove raccolta si intende l'ammontare complessivo delle puntate effettuate dai giocatori, per vincite il totale delle somme vinte,

---

*disposizione, iscriversi al Registro degli operatori di comunicazione di cui alla delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 666/08/CONS del 26 novembre 2008, comunicando, altresì, tutte le numerazioni telefoniche messe a disposizione del pubblico e utilizzate per i servizi di call center. L'obbligo di iscrizione sussiste anche a carico dei soggetti terzi affidatari dei servizi di call center e deve essere contemplato nel contratto di affidamento del servizio.*

*12. L'inosservanza dell'obbligo di cui al comma 11 comporta l'applicazione di una sanzione pecuniaria amministrativa pari a 50.000 euro».*

<sup>31</sup> Cfr. TUSMAR – Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208 di attuazione della direttiva (UE) 2018/1808, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi, in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato.

<sup>32</sup> *Libro Blu*, Relazione 2019, op. cit. dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli (p. 83).

e per spesa, si intende l'effettiva perdita dei giocatori. La quale a sua volta corrisponde alla differenza tra la «raccolta» e le «vincite» ed è pari al ricavo della filiera degli operatori (al lordo delle somme destinate all'Erario).

Inoltre, come ribadito dal Ministro della Salute in un suo comunicato del 17 luglio 2021, l'Istituto Superiore di Sanità stima che in Italia l'azzardo è un'attività che coinvolge una popolazione di circa 5,2 milioni abituarini, di cui circa 1,2 milioni sono considerati problematici, ovvero con dipendenza. Di conseguenza, a fronte di un aumento dei giochi d'azzardo o di scommesse *online* (che sicuramente avrà avuto un più ampio impatto con l'attuazione delle misure di contenimento della pandemia che stiamo vivendo) e, vista la necessità di tutelare i consumatori con dipendenza e di prevenirne l'aumento, si delinea un importante ruolo dell'AGCOM a tutela del divieto di cui all'art. 9 del Decreto dignità.

Se il fine vero del divieto in questione, come ribadito dal legislatore, si fonda sul contrasto alla ludopatia, non si comprende allora come il divieto non valga anche per le c.d. criptovalute, Fan Tokens, NFT (cc.dd *non fungible tokens*), ovvero la negoziazione di prodotti finanziari e para finanziari. Infatti tali strumenti comportano un potenziale rischio finanziario per le frange della popolazione che di solito ricorrono al gioco d'azzardo e alle scommesse<sup>33</sup>.

Per cui è radicata convinzione di chi scrive che la soluzione di questa criticità debba essere quella di rendere effettiva la vigilanza nei confronti dei cc.dd. intermediari di rete, i quali, in forza del regime di irresponsabilità posto dalla direttiva sul commercio elettronico (Direttiva 2000/31/CE, attuata nel nostro ordinamento con il D.lgs. n.70/2003), possono essere considerati responsabili soltanto nel caso in cui la loro condotta non consista in

---

<sup>33</sup> Cfr. Mancini Quirino, in Huffington Post, 4 gennaio 2022: «Giungiamo così al paradosso regolamentare di uno Stato che interviene in maniera draconiana sui suoi stessi concessionari imponendo loro dalla sera alla mattina un divieto pubblicitario tassativo ed assoluto, e che di contro nulla fa per regolamentare la promozione di prodotti come le crypto-monete, i fan token e la negoziazione online di prodotti finanziari e para-finanziari la cui potenziale pericolosità in termini di rischio finanziario per tacere della facile presa sulle categorie più vulnerabili (giovani, fasce basse della popolazione, soggetti naturalmente ed istintivamente attratti dalla prospettiva di alti guadagni, etc.) può avere ricadute negative ed anche conseguenze patologiche ben più elevate e socialmente dannose delle cosiddette “ludopatie”».

un'attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo. Di qui l'esigenza che il prestatore di servizi non debba conoscere né controllare le informazioni trasmesse o memorizzate (cfr. Considerando n.42 della direttiva).

Se nel caso Google Ireland, precedentemente richiamato l'Autorità, ha attribuito un ruolo attivo di Google Ads (facente capo a Google Ireland), riconoscendo quindi la sua responsabilità a fronte dell'annuncio inserito dall'inserzionista, è opportuno però far presente che il disvalore di tale condotta non è stato condiviso dal Collegio del TAR Lazio, in quanto, ad oggi, non esiste un consolidato orientamento giurisprudenziale (sia in sede nazionale, sia in sede europea) volto a riconoscere maggiore responsabilità agli intermediari di rete<sup>34</sup>. Sul punto, pare perciò ragionevole condividere le soluzioni proposte da autorevole dottrina nell'auspicare che, *«a fronte delle profonde trasformazioni intercorse negli ultimi venti anni, [del]le incertezze e le insufficienze della giurisprudenza<sup>35</sup>»*, vi sia un nuovo intervento normativo in sede europea volto a *«definire ed accertare in che cosa consista la non neutralità di una piattaforma digitale rispetto al contenuto veicolato, cioè comprendere se la piattaforma svolga un ruolo di hosting passivo o attivo, ai fini della sua irresponsabilità giuridica»*.

L'intervento normativo auspicato è contenuto nella proposta di regolamento della Commissione europea, che prende il nome di *«Digital Services Act<sup>36</sup>»* (d'ora in avanti DSA) e modificherà gli articoli da 12 a 15 della pre-

---

<sup>34</sup> Cfr. Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza 23 marzo 2010, C-236/08 e C-238/08, Google France SARL c. Louis Vuitton Malletier SA, paragrafo 114 e ss. dove la Corte precisa che il semplice fatto riguardante la selezione di una parola chiave e il termine di ricerca inserito da un utente, e che questi coincidano, non comporta una responsabilità del fornitore, perché tale coincidenza non è sufficiente a ritenere che il fornitore conosca o controlli i dati inseriti dagli inserzionisti nel suo sistema e memorizzati nei suoi server.

<sup>35</sup> *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, op. cit., p.225.

<sup>36</sup> Il DSA prevede obblighi propri per gli intermediari *online* a seconda del tipo di servizio offerto, delle loro dimensioni e del loro impatto. In breve, le innovazioni contenute nella proposta di regolamento citata consistono nel: a) stabilire un unico punto di contatto che consenta la comunicazione diretta, per via elettronica, con le autorità degli Stati Membri, la Commissione e il Comitato europeo per i servizi digitali (cfr. artt. Artt. 10, par. 1 e 12, par. 1) ; b) includere, nei loro termini e condizioni, le informazioni sulle eventuali restrizioni relative all'uso dei loro servizi in aggiunta a quelle già fornite ai destinatari, operando in modo diligente, obiettivo e proporzionato (cfr. 12, par. 1) ; nonché

detta direttiva *e-commerce*. All'interno di tali disposizioni è previsto il mantenimento dell'esonero di responsabilità per gli *Internet service providers* che effettuano un servizio di trasporto di dati e di memorizzazione temporanea, mentre dovrebbe essere completamente rivista la disciplina degli *hosting providers*, prevedendo l'obbligo di predisporre meccanismi che consentano a terzi di notificare la presenza di presunti contenuti illegali<sup>37</sup>. Inoltre, qualora tali prestatori decidano di rimuovere informazioni specifiche fornite da un destinatario del servizio o disabilitare l'accesso alle stesse, la sezione impone l'obbligo di fornire al destinatario una motivazione<sup>38</sup>. La proposta di regolamento è approvata dal parlamento europeo lo scorso 20 gennaio 2022 a cui seguirà la c.d. fase di trilogia<sup>39</sup> che dovrebbe chiudersi entro la fine dell'anno.

Con riferimento alla giurisprudenza nazionale, confrontando le esperienze sorte a seguito della recente attribuzione all'Autorità in materia di *secondary ticketing* (avvenuta con l'introduzione del comma 545 e seguenti all'articolo 1 della legge 232/2016), non può mancarsi di segnalare altresì la contraddittorietà dell'orientamento assunto dalla giurisprudenza amministrativa, laddove nell'ambito del *secondary ticketing* ha qualificato come attivo,

---

c) pubblicare, almeno una volta all'anno, rapporti chiari, facilmente comprensibili e dettagliati sulle operazioni di regolazione e moderazione dei contenuti poste in essere nel periodo di riferimento (cfr. Art. 13, par. 1).

<sup>37</sup> Article 14 - Notice and action mechanisms: “1. Providers of hosting services shall put mechanisms in place to allow any individual or entity to notify them of the presence on their service of specific items of information that the individual or entity considers to be illegal content. Those mechanisms shall be easy to access, user-friendly, and allow for the submission of notices exclusively by electronic means.”

<sup>38</sup> Article 15 Statement of reasons: “1. Where a provider of hosting services decides to remove or disable access to specific items of information provided by the recipients of the service, irrespective of the means used for detecting, identifying or removing or disabling access to that information and of the reason for its decision, it shall inform the recipient, at the latest at the time of the removal or disabling of access, of the decision and provide a clear and specific statement of reasons for that decision”.

<sup>39</sup> Con la citata espressione s'intendono i negoziati informali svolti da alcuni rappresentanti di Parlamento, Consiglio e Commissione. Nel corso di tali negoziati le tre istituzioni concordano le bozze di emendamento riguardo alle proposte legislative avanzate dalla Commissione. Successivamente quanto stabilito viene poi presentato alle adunanze plenarie di Consiglio e Parlamento e forma oggetto di dibattito ed infine di adozione.

sulla base degli indici di interferenza<sup>40</sup> un operatore di un servizio di *hosting provider* definitosi passivo, senza però trarre analoghe conseguenze in sede di interpretazione dell'articolo 9 del Decreto Dignità, ove, con preciso riferimento al caso Google, questo ruolo passivo non è stato riconosciuto alla medesima.

In continuità al suddetto orientamento in *subiecta materia* si pone del resto la recentissima ordinanza della Corte di Cassazione, che, con ordinanza del 13 dicembre 2021, n.39763, ha interpretato l'art. 17 del D.lgs. 70/2003 alla luce dei cc.dd. indici di interferenza. La controversia in esame riguardava l'utilizzo di filmati della programmazione di RTI da parte della società *Break Media*, la quale si era difesa sostenendo un mero hosting provider passivo e chiedendo l'esonero della responsabilità in base a quanto previsto dall'articolo 14 della direttiva 31/2000/CE anche nota come direttiva *e-commerce*. Nel confutare tale assunto, la Suprema Corte, confermando la sentenza della Corte d'Appello di Roma, ha individuato «*i seguenti "indici di interferenza": a) la cernita dei contenuti audio-video a fini pubblicitari; b) lo sviluppo di un sistema operativo incompatibile con la figura dell'hosting provider passivo; c) la creazione e la distribuzione di contenuti di intrattenimento digitali collegati alla selezione dei contenuti e collocati nella home page; d) la presenza di una sorta di editorial team, ossia un gruppo di persone addetto proprio alla cernita dei contenuti a fini pubblicitari*». Nello specifico la Corte ha rilevato come tali attività non possano essere considerate come attività passive e automatiche, poiché nonostante la radicale evoluzione dei servizi *online*, non è possibile qualificare la cernita ed il riordino dei contenuti quali condotte di mera intermediazione e neutre,

---

<sup>40</sup> Cfr. sentenze Stubhub c. AGCOM, TAR Lazio, sez. III n.4335 del 14 aprile 2021 e Viagogo c. AGCOM, n.3955 del 2 aprile 2021, p.14 «9.5. Il servizio svolto dalla piattaforma *viagogo.it*, per quanto rilevato dall' AGCom nell'ambito dell'impugnata ordinanza, non ha evidentemente le caratteristiche dell'hosting passivo, posto che palesemente non consiste nella mera "memorizzazione di informazioni", bensì nelle articolate attività di ottimizzazione e promozione pubblicitaria dei titoli in vendita, definizione dei parametri giuridici ed economici della transazione, inclusi i termini di consegna e il prezzo, nella gestione operativa e nella riscossione di quest'ultimo, i quali configurano condotte di azione nel senso precisato dalle pronunce citate; né parte ricorrente ha in alcun modo comprovato l'affermazione secondo cui tale complesso di attività verrebbe svolto dalla piattaforma in modo completamente automatico e senza alcuna consapevolezza e/o possibilità di controllo da parte sua».

in virtù della presenza di un controllo editoriale effettuato da persone fisiche, il cui impiego consisteva proprio nella selezione dei contenuti audio e video.

I rilevati contrasti della giurisprudenza amministrativa e di legittimità in materia di qualificazione di un *internet service provider* di carattere passivo non fanno dunque che aggiungere incertezza alla regolazione del settore e dei giochi e delle scommesse, dove vige un divieto generalizzato i cui limiti sono stati descritti nelle pagine precedenti, rendendo sempre più necessaria un nuovo tipo di regolamentazione in chiave europea, volta ad introdurre una disciplina da cui desumere con certezza la natura attiva dell' *hosting provider* sulla base degli indici valutativi come sopra enunciati dalla Suprema Corte.

Il più volte citato DSA avrà dunque il non facile compito di favorire ed agevolare l'innovazione a livello transfrontaliero (obiettivo principale della precedente direttiva *e-commerce*) mentre, dall'altra parte, dovrà regolare le condotte dei *provider* di servizi digitali che svolgono un ruolo di intermediazione tra i consumatori e le merci, i contenuti e servizi, realizzando una regolazione armonizzata volta a garantire la protezione dei consumatori attraverso l'introduzione di obblighi più stringenti nei confronti dei servizi di *hosting* quanto alle piattaforme, così da prevenire la diffusione e la commercializzazione di contenuti illegali *online* in un mercato caratterizzato negli ultimi anni «dalla presenza di profonde asimmetrie informative e dal consolidamento di un'oligarchia di attori economici [che] risulta essere meramente fittizia e sostanzialmente traducibile non in una prassi virtuosa, bensì nel diritto del più forte<sup>41</sup>».

---

<sup>41</sup> A. Sardini, "La «product liability» e il commercio elettronico", in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, I, p.103, Giuffrè, Milano.

# DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

## Numeri Speciali

- 2016      **LO STATUTO ETICO GIURIDICO DEI CAMPIONI BIOLOGICI UMANI**  
a cura di Dario Farace
- 2017      **IL MERCATO UNICO DIGITALE**  
a cura di Gianluca Contaldi
- 2018      **LA RICERCA SU MATERIALI BIOLOGICI DI ORIGINE UMANA:  
GIURISTI E SCIENZIATI A CONFRONTO**  
a cura di Alberto M. Gambino, Carlo Petrini e Giorgio Resta
- 2019      **LA TASSAZIONE DELL'ECONOMIA DIGITALE TRA SVILUPPI RECENTI  
E PROSPETTIVE FUTURE.**  
a cura di Alessio Persiani

La rivista “Diritto Mercato Tecnologia” intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall’interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

