

Debiti di gioco e obbligazioni naturali: spunti per una revisione critica*

Marco Rizzuti**

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Tensioni sistematiche. – 3. Prospettive interpretative.

ABSTRACT

Stando alla classica impostazione della tematica i debiti di giuoco rappresentano un paradigmatico caso di obbligazione naturale, a fronte del quale l'ordinamento statale non offre giustiziabilità ma riconosce l'irripetibilità di quanto pagato. Nell'odierno contesto sistematico, però, tale ricostruzione potrebbe essere sottoposta a revisione critica. Da un lato, il gioco autorizzato, in origine marginale, ha conosciuto tutta una serie di ampliamenti, e, dall'altra parte, la accresciuta consapevolezza della pericolosità del gioco d'azzardo anche in termini di rischi per la salute rende arduo accettare il richiamo, insito nel concetto di obbligazione naturale, al "dovere morale o sociale" che, tolte le ipotesi di incapacità o frode, giustificava la regola dell'irripetibilità. Parrebbe, dunque, ragionevole proporre un'interpretazione estensiva di quelle ipotesi eccezionali e dei poteri riduttivi del giudice, così da ampliare il più possibile la tutela del soggetto vulnerabile.

According to the traditional mainstream opinion gambling debts belong to the so-called natural obligations, that are not enforceable but allow the creditor to retain what the debtor has voluntarily paid, except in the cases of fraud or incapacity. However today such a construction has to be revised. On the one hand, legally authorized gambling, once marginal, has been increasingly widened, whilst, on the other hand, the acquired awareness about the social and sanitary risks of gambling makes difficult to accept the idea, implied in the concept of natural obligation, that gambling debts have a "moral or social ground", which can justify the creditor's right to retain. Thus, in order to offer a better protection to the vulnerable subjects, we have to propose to interpretatively enlarge the scope of the statutory exceptions to such a rule as well as that of the judicial powers of intervention.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Ricercatore t.d.-A di Diritto privato nell'Università di Firenze, marco.rizzuti@unifi.it.

1. Premesse

Se si vogliono affrontare alcuni aspetti della problematica del gioco d'azzardo ponendosi nella prospettiva del diritto civile, e quindi dei rapporti inter-privatistici, un primo ineludibile riferimento è rappresentato da quella tradizionale impostazione che costruisce l'ipotesi del debito di giuoco secondo l'antica regola *nec actio nec repetitio*, tipica delle cosiddette obbligazioni naturali. Com'è ben noto, in quanto siamo di fronte ad uno di quei classici esempi di illustrazione istituzionale della regola stessa, si tratta di una regola esplicitamente fatta propria dal Codice Civile vigente, e pertanto tendente a porsi quale naturale pernio delle trattazioni dottrinali al riguardo¹. Si tratta, però, anche di una regola sulla cui portata applicativa concreta, tenuta sistematica e coerenza assiologica è lecito interrogarsi, soprattutto se facciamo riferimento all'evoluzione dell'odierno assetto ordinamentale, anche nelle sue distanze rispetto a quello che si poneva alla base della costruzione codicistica.

Il meccanismo operativo tipico dell'obbligazione naturale affonda le sue radici nelle costruzioni romanistiche elaborate per così dire ai confini della soggettività giuridica, allo scopo anzitutto di fornire uno strumento per la gestione dei rapporti di coloro che soggetti in senso pieno, e quindi titolari di vere e proprie obbligazioni civili, non potevano essere². Tali esigenze originarie potrebbero assai difficilmente trovare corrispondenze nel mondo moderno, ma ciò non toglie che questo come altri strumenti tecnici di origine consimile si siano rivelati fertilissimi meccanismi di gestione di altre situazioni, esse pure, ma in un senso diverso, di confine³. Infatti, col richiamo esplicito alla categoria delle obbligazioni naturali, ovvero con l'utilizzo della menzionata regola che ne rappresenta il fulcro

¹ Fra le trattazioni classiche della materia possiamo menzionare: C. FURNO, *Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, pp. 619 ss.; E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1954; L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1959; C.A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1959; U. GUALAZZINI, *Giuochi e scommesse (storia)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, pp. 30 ss.; E. MOSCATI, *Gioco e scommessa*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1993, pp. 11 ss. Della dottrina più recente si darà menzione nel prosieguo della trattazione.

² Nel diritto romano classico *naturalis obligatio* era quella dello schiavo o del *filius familias*, che per l'appunto soggetti di diritto non erano: cfr. P. BONFANTE, *Le obbligazioni naturali e il debito di giuoco*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, pp. 97-133; G. PACCHIONI, *L'obligatio naturalis nel diritto romano classico e nel diritto attuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, pp. 39 ss.; J. VAZNY, *Naturalis obligatio*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, Pavia, Fusi, IV, 1929, pp. 130 ss.; V. DE VILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, in *Studi Saresesi*, 1939-1940, pp. 215 ss.; A. BURDESE, *La nozione classica di 'naturalis obligatio'*, Torino, Giappichelli, 1954; G.E. LONGO, *Ricerche sull'obligatio naturalis*, Milano, 1962; P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*, Genève, imprimerie du Journal de Genève, 1964; J. IGLESIAS, *Obligaciones naturales*, in *Homenaje J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 135 ss.; P.L. LANDOLT, *Naturalis obligatio and bare social duty*, Köln, Böhlau, 2000; L. DI CINTIO, *Natura debere: sull'elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Soveria Mannelli, 2009.

³ Si pensi a come oggi la costruzione del *peculium* come patrimonio separato dello schiavo, e in origine strettamente connesso alla tematica della *naturalis obligatio* in senso romanistico, possa essere utilizzata per elaborare forme di limitata soggettivizzazione dell'intelligenza artificiale: cfr., per ulteriori riferimenti, U. PAGALLO, *The Laws of Robots. Crimes, Contracts, and Torts*, Berlin, 2013, pp. 102-106 e pp. 132-134.

operativo, i diritti moderni hanno gestito e gestiscono delicatissime fasi di transizione di determinati rapporti posti in essere dai soggetti privati nella loro azione ordinante ed il cui riconoscimento da parte dell'ordinamento statutale si trovi ad oscillare, in ragione anzitutto dell'evoluzione storica e sociale, tra il polo della piena giustiziabilità, che implica il diritto di agire in giudizio per l'*enforcement* del rapporto da parte degli organi pubblici a ciò preposti, e quello della chiara riprovazione giuridica, che specularmente implica la possibilità di attivare con l'azione di ripetizione un intervento di tali organi finalizzato a reprimere l'attuazione del rapporto proibito e cancellarne la vicenda esecutiva effettuale. In tali casi l'ordinamento dello Stato rimane invece per così dire perplesso, ed impone ai suoi organi un passo indietro in favore dell'azione dei privati⁴, a fronte di situazioni, spesso delicate e connesse a profili fondamentali dell'assetto delle relazioni interpersonali, in cui le soluzioni estreme non sono percorribili, ma occorre appunto gestire, talvolta ad un livello giurisprudenziale più che legislativo, la transizione⁵.

Alcuni esempi storici e attuali possono illustrare i meccanismi di tali dinamiche. Il diritto successorio dell'*Ancien Régime* trovava una delle sue stelle polari nella conservazione dei patrimoni delle grandi famiglie tramite il fedecommesso⁶, mentre il diritto rivoluzionario tali concentrazioni volle a tutti i costi abbattere, per consentire la libera circolazione dei

⁴ SALV. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, Sansoni, 1953, svolge la sua ricostruzione dell'istituto a partire, ma in una prospettiva più complessa, da alcuni rilievi paterni (SANTI ROMANO, *Ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946, pp. 191 ss.) che lo inquadrano come obbligazione validamente contratta secondo un ordinamento giuridico diverso da quello statutale, e che quest'ultimo non considera come obbligazione, ma nemmeno ignora in quanto le riconosce l'eccezionale effetto della *soluti retentio*. E tra questi ulteriori ordinamenti vengono menzionati quelli interni della famiglia, come nell'espressamente richiamato prototipo romanistico delle obbligazioni di schiavi e *fili familias*, o delle organizzazioni private, quelli religiosi, e più ampiamente ogni altro cui possa dare vita l'autonomia privata al di fuori sia degli ambiti in cui può essere riconosciuta in termini negoziali dello Stato sia di quelli in cui si ricade nel terreno dell'illiceità. Sulle prospettive aperte da questo scritto e sul suo ruolo di *turning point* nell'elaborazione del pensiero romaniano cfr. P. RESCIGNO, *L'obbligazione naturale. Per una rilettura "parallela" di Michele Giorgianni e Salvatore Romano*, in C.A. GRAZIANI (a cura di), *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, E.S.I., 2007, pp. 243 ss., e P. GIUNTI, *Le obbligazioni naturali*, in G. FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, pp. 265 ss.

⁵ Per la trattazione generale in tema di obbligazioni naturali nella dottrina recente, e per ulteriori riferimenti anche a quella più risalente, si vedano quantomeno: L. NIVARRA, *Obbligazione naturale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1995, pp. 369 ss.; G. OPPO, *La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico (cinquant'anni dopo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, pp. 515 ss. M.A. CIOCIA, *L'obbligazione naturale: evoluzione normativa e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2000; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 2004; L. GAROFALO (a cura di), *Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, Padova, Cedam, 2010; M. MAZZUCA, *Sulle obbligazioni naturali, tra doveri morali e doveri sociali. Spunti critici sullo studio delle vicende dell'obbligazione naturale*, Milano, 2013; F. GIGLIOTTI, *Del pagamento dell'indebito: obbligazioni naturali*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2014.

⁶ Senza pretese di completezza menzioniamo: L. GAMBINO, *Il substrato socio-culturale del fedecommesso familiare*, in *La nuova critica*, 1971, pp. 143-176; M. PICCIALUTI CAPRIOLI, *L'immortalità dei beni. Fedecommissi e primogeniture a Roma nei secoli XVII e XVIII*, Roma, Viella, 1999; F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, Napoli, 2002; S. CALONACI, *Dietro lo scudo incantato. I fedecommissi di famiglia e il trionfo della borghesia fiorentina (1400-1750)*, Firenze, 2005; D. RAINES, *Sotto tutela. Biblioteche vincolate o oggetto di fedecommesso a Venezia, XV-XVIII secoli*, in *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée modernes et contemporaines*, 2012, pp. 533-550.

beni e stroncare il sistema di potere economico e politico che esse innervavano⁷, non senza incontrare però forti resistenze che non potevano sparire in un giorno. Ed il legislatore italiano, più incerto del suo modello francese nei confronti delle disposizioni testamentarie intese a condizionare successivi passaggi dei beni relitti, ha finito per sottoporle ad una disciplina che le priva di vincolatività ma ne fa salva entro certi limiti la spontanea esecuzione⁸, venendo peraltro a costituire il punto di emersione codicistico di quel fenomeno fiduciario, che vive per l'appunto di uno sfasamento tra le realtà dell'ordinamento dei privati e di quello statale. Tutto ciò, beninteso, sino a quanto il pendolo non oscilli nuovamente e non si pervenga, secondo linee di tendenza già riconoscibili in maniera abbastanza netta, ad una piena giuridificazione di figure quali il *trust* o il contratto di fiducia⁹. Altro perno del diritto familiare dell'*Ancien Régime* era, come noto, il sistema dotale¹⁰, ma il progressivo sgretolamento dell'istituto della grande famiglia patriarcale in cui esso si inseriva comportò dapprima il passaggio ad una configurazione in cui quella di dotare le figlie non era più obbligazione civile ma solo naturale¹¹, per arrivare infine ad un in-

⁷ Un netto divieto delle sostituzioni fedecommissarie si ricava dall'art. 896 del *Code Napoléon* del 1804, mentre la loro soppressione sarebbe stata addirittura costituzionalizzata dall'art. 155 della Costituzione di Weimar del 1919.

⁸ Nel Codice Civile del 1865 ritroviamo il divieto dei fedecommissi all'art. 899, ma fu inserita anche, con uno dei rari allontanamenti della matrice napoleonica, un'ambigua disposizione in tema di disposizioni fiduciarie, l'art. 829, che, se impediva di farle valere in giudizio, lasciava però agli interpreti la possibilità di ricondurne lo spontaneo adempimento all'ambito delle obbligazioni naturali (cfr. C. GANGI, *Casi ed effetti delle obbligazioni naturali*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, p. 152; G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, Torino, 1927, pp. 199 ss.), ed il Codice del 1942, peraltro in una qualche misura "nostalgico" di certi aspetti del sistema dei fedecommissi al punto da introdurre con l'art. 692 una deroga al generale, e comunque confermato, divieto, avrebbe convalidato espressamente tale opzione interpretativa con il secondo comma dell'art. 627. Si possono vedere al riguardo: G. MIRABELLI, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 c.c. (Contributo allo studio dell'interposizione di persona)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 1057 ss.; G. GAZZARA, *Fiducia testamentaria*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, pp. 427 ss.; R. MONTINARO, *Successione a causa di morte, pactum fiduciae e trust*, in G. BONILINI (a cura di), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, I, La successione ereditaria*, Milano, 2009, pp. 251 ss.; F. BASINI, *Le disposizioni fiduciarie*, in *Tratt. successioni, cit.*, pp. 273 ss.; A. SPATUZZI, *Le disposizioni d'indole fiduciaria*, in *giustiziacivile.com*, 29 gennaio 2015.

⁹ Non è certo questa la sede per ripercorrere tutta la vicenda del riconoscimento giurisprudenziale dei cosiddetti *trusts* interni, del tentativo di introduzione di una disciplina interna della destinazione patrimoniale con l'art. 2645 ter c.c., per arrivare al richiamo ad un non meglio determinato contratto di affidamento fiduciario nella legge sul "Dopo di Noi" ed infine alla proposta di una codificazione della figura del *trust* elaborata dall'Associazione Civilisti Italiani in ipotetica attuazione dell'art. 1, lett. p), del disegno di legge delega S.1151 del 30 luglio 2019 per la riforma del Codice.

¹⁰ Al riguardo si possono vedere, anche qui senza alcuna pretesa di completezza: G.B. DE LUCA, *De dote, lucris dotalibus, et alijs dotis appenditijs*, Romae, 1670; P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1974, pp. 56 ss.; D. OWEN HUGHES, *From brideprice to dowry in Mediterranean Europe*, in *Journal of Family History*, 1978, pp. 262-296; C. POVOLO, *Eredità anticipata o esclusione per causa di dote? Un caso di pluralismo giuridico nel Friuli del primo '500*, in L. ACCATI, M. CATTARUZZA, M. VERZAR BASS (a cura di), *Padre e figlia*, Torino, 1994, pp. 41-73; G.P. MASSETTO, *Il lucro dotale nella dottrina e nella legislazione statutaria lombarda dei secoli XIV-XVI*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a G. Vismara*, Milano, 1996, pp. 189-364; T. BORRELLO, P.G. RAUZI, *Il velo bianco: saggio sulla dote matrimoniale della donna in un paese agricolo del meridione*, Milano, 1997; I. CHABOT, M. FORNASARI, *L'economia della carità: le doti del Monte di pietà di Bologna (secoli XVI-XX)*, Bologna, 1997; M. FUBINI LEUZZI, *Condurre a onore: famiglia, matrimonio e assistenza dotale a Firenze in età moderna*, Firenze, 1999; A.M. CUCCIA, *Lo scrigno di famiglia: la dote a Torino nel Settecento*, Pisa, 2014. Milano, 1981.

¹¹ L'art. 204 del *Code Napoléon* e l'omologo art. 147 del Codice Pisanelli negavano espressamente l'azione che il diritto intermedio aveva riconosciuto contro i genitori per la costituzione di doti o assegni matrimoniali, e l'interpretazione almeno in un primo tempo dominante ne aveva tratto la conseguenza che quella di dotare le figlie potesse quindi es-

tervento normativo che avrebbe proibito a pena di nullità tali convenzioni¹². Un percorso per certi aspetti inverso veniva frattanto compiuto con riguardo ai rapporti patrimoniali instaurati nell'ambito di una convivenza di fatto. La concezione dominante dopo che Chiese e Stati avevano assunto, non senza scontri e resistenze, il monopolio sulla legittimazione dei rapporti familiari, fulminava di nullità quelli che erano stati i contratti di concubinato, ritenuti ormai *contra bonos mores*¹³. La successiva apertura ad una concezione meno istituzionalizzata della famiglia si tradusse invece anche nell'elaborazione giurisprudenziale che costruiva i rapporti in questione come obbligazioni naturali¹⁴, e solo recentissimi interventi normativi ne hanno consentito, a certe condizioni, il pieno riconoscimento in termini di obbligazioni civili¹⁵. Ovviamente di ognuno di questi passaggi, e di molti altri comparabili, si potrebbe ancora discorrere a lungo, ma non è questa la sede adatta: ci interessava solo mettere a fuoco alcuni riferimenti paradigmatici che riteniamo utili all'inquadramento della nostra ipotesi.

sere ricostruita un'obbligazione meramente naturale. Il dibattito era ancora aperto negli anni cinquanta del XX secolo e si possono trovare riferimenti alle diverse posizioni assunte dalla dottrina in SALV. ROMANO, *op. cit.*, p. 7, nt. 5, anche se l'autore citato invero non ravvisava nell'ipotesi gli estremi dell'obbligazione naturale (cfr. p. 86, p. 97 e p. 135).

¹² Si allude naturalmente al vigente art. 166 bis c.c., inserito dalla riforma del diritto di famiglia del 1975.

¹³ L'età medievale aveva potuto accettare la giuridificazione dei rapporti concubinari, oggetto di rogiti notarili (cfr. G.L. BARNI, *Un contratto di concubinato in Corsica nel XIII secolo*, in *Riv. storia dir. it.*, 1949, pp. 131-155), trattazioni dottrinarie (cfr. L. FERRANTE, «*Consensus concubinarius*»: un'invenzione giuridica per il principe?, in S. SEIDEL MENCHI, D. QUAGLIONI (a cura di), *Trasgressioni. Seduzione, concubinato, adulterio, bigamia (XIV-XVIII secolo)*, Bologna, 2004 pp. 107-132) e norme statutarie (cfr. E. EISENACH, «*Femine e Zentilhomini*»: concubinato d'élite nella Verona del Cinquecento, in *Trasgressioni, cit.*, pp. 269-303), ma, dopo il Concilio di Trento, al di fuori del matrimonio il diritto, della Chiesa e poi dello Stato, avrebbe potuto vedere solo fornicazione, indistinguibile dal bieco meretricio (cfr. S. LUPERINI, *Il gioco dello scandalo. Concubinato, tribunali e comunità nella diocesi di Pisa (1597)*, in *Trasgressioni, cit.*, pp. 383-415). Ancora nei primi decenni del Novecento la nostra giurisprudenza inquadrava le attribuzioni patrimoniali connesse ai rapporti concubinari in termini di illiceità per cui, se si dubitava sull'ammissibilità dell'azione di ripetizione, era semmai per riguardo al tradizionale principio *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*, prima del 1942 non ancora positivizzato a livello codicistico (cfr. G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Napoli, 2013, pp. 124 ss., specie nt. 46 e nt. 67). E, pur non condividendo l'impostazione, ad essa fa riferimento anche SALV. ROMANO, *op. cit.*, p. 86.

¹⁴ Una sorta di anticipazione si era avuta per l'ipotesi delle persone unite in matrimonio solo religioso, e quindi meri concubini per quello dello Stato, con la giurisprudenza che ritenne di riconoscere alla superstite il diritto al risarcimento del danno da morte del *partner*, in qualche modo così accettando una rilevanza giuridica non negativa delle attribuzioni patrimoniali che in tale contesto familiare avevano avuto luogo (Cass. Roma, 19 maggio 1911, in *Foro it.*, 1911, I, c. 798), e quindi arrivò esplicitamente a qualificarle in termini di adempimento di obbligazioni naturali (Cass., 17 gennaio 1958, n. 84, in *Foro it.*, 1959, I, c. 470). La vera apertura nei confronti del rapporto fattuale in quanto tale si è avuta, però, solo con quelle sentenze che, pure in assenza del matrimonio religioso, hanno ricondotto all'adempimento dell'obbligazione naturale le attribuzioni patrimoniali e l'erogazione periodica di somme a titolo di mantenimento tra i concubini (Cass., 25 gennaio 1960, n. 68, in *Foro it.*, 1961, I, c. 2017; Cass., 3 febbraio 1975, n. 389, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2301), mentre Cass., 15 gennaio 1969, n. 60, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1512, ed in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, p. 403, con nota critica di G.B. FERRI, *Qualificazione giuridica e validità delle attribuzioni patrimoniali alla concubina*, è stata la prima ad estendere la qualificazione in termini di adempimento di un'obbligazione naturale anche a quelle poste in essere nell'ambito di un rapporto adulterino. Per una più recente decisione sulla linea argomentativa delle obbligazioni naturali cfr., *ex multis*, Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Foro it.*, 2014, p. 1149, con nota di G. CASABURI.

¹⁵ Si allude naturalmente alla legge 20 maggio 2016, n. 76, in cui troviamo oggi la disciplina legale generale delle convivenze "di fatto", ed in particolare ai commi 36 e 65 del suo articolo unico.

Invero, come nelle ipotesi ora ricordate l'ordinamento statale si ferma sulla soglia di ordinamenti familiari che non si sente, o non riesce, di reprimere e però nemmeno di rendere giudizialmente *enforceable*, così anche in materia dei debiti di giuoco l'impostazione delle codificazioni moderne, rompendo con la tradizione romanistica che inquadrava l'ipotesi in termini di illiceità e ripetizione¹⁶, sembra volersi arrestare a configurazioni rispetto alle quali preferisce assumere un analogo atteggiamento di perplessa tolleranza¹⁷ nei confronti di ordinamenti dei privati come quello "dei gentiluomini" o quello sportivo¹⁸, cui solitamente si riconnettono le vicende in esame. Si potrebbe invero anche discutere se nella specie si tratti di un'obbligazione naturale in senso stretto ovvero di altra fattispecie cui espressamente viene applicata una disciplina, guarda caso, identica a quella dell'obbligazione naturale¹⁹, ma non ci sembra essere questo il punto decisivo.

¹⁶ Come nelle più varie società umane (cfr. J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Haarlem, 1938), il gioco d'azzardo era ampiamente praticato in età romana ed intermedia, ma ciò non toglie che si trattasse di ipotesi riprovata sul piano morale e vietata su quello giuridico, sin dai remoti tempi di una "lex alearia" richiamata da PLAUTO, *Miles gloriosus*, atto II, scena II, v. 164, e di un senatoconsulto di data ignota che vietava di "ludere in pecuniam", secondo quanto riferito da PAOLO, *ad Edictum 19 (D.11.5.2.1)*, con le uniche eccezioni per i giochi del πένταθλον greco, ai romani noto come *quinqertium*, in origine connesse alla sacralità pagana dei riti olimpici, e però sopravvissute pure in epoca cristiana, nonostante la proibizione delle Olimpiadi da parte di Teodosio I nel 393 e l'incendio dei templi di Olimpia da parte di Teodosio II nel 426. La medesima impostazione si ritrova in Giustiniano I, che con una costituzione del 529 (C. 3.43.1), dunque di poco precedente alla durissima repressione nel 532 della Νύκτα delle tifoserie che gli era quasi costata il trono, ribadiva come "nulli liceat in privatis seu publicis locis ludere... et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio, sed solum reddatur et competentibus actionibus repetatur ab his qui dederunt vel eorum heredibus aut his negligentibus a patribus seu defensoribus locorum", con l'unica tradizionale eccezione dei cinque giochi ormai noti con denominazioni bizantine che forse ne avevano fatto dimenticare i nessi col mondo olimpico (e certamente nessuno avrebbe osato ricordare che nel sordido ambiente dei giochi e dell'ippodromo era nata e cresciuta la sua imperatrice). Sulla stessa linea si collocheranno poi i canonisti, secondo i quali "ludus est crimen", e gli svariati divieti che si possono rinvenire nella normativa statutaria dei Comuni, nelle *ordonnances* dei Re francesi o nelle prammatiche di quelli napoletani, divieti probabilmente ripetuti anche perché inefficaci nel tentativo di sradicare le passioni immortalate pure da D. ALIGHIERI, *Purgatorio*, VI, 1-9, per il "gioco de la zara" (dall'arabo *az-zabr* «dado», da cui anche il nostro "azzardo"). I civilisti, dal canto loro, avrebbero riletto i richiami giustinianei ad ormai incomprensibili giochi greci per riferire le ricordate eccezioni a quelli connessi alle virtù cavalleresche e poi all'interesse degli Stati moderni ad incentivare la preparazione militare dei sudditi. Si vedano amplii riferimenti in A. CAPPUCIO, "Rien de mauvais". *I contratti di gioco e scommessa nell'età dei codici*, Torino, 2011, pp. 29-58.

¹⁷ La costruzione moderna che nel gioco in sé e per sé non trova "rien de mauvais" risale essenzialmente al Secolo dei Lumi, ed in particolare alle opere di J. BARBEYRAC, *Traité du jeu: où l'on examine les principales questions de droit naturel et de morale qui ont du rapport à cette matière*, Amsterdam, 1709, che lo giustifica come momento di sana ricreazione suscettibile di essere giuridicamente inquadrato in termini di valido contratto, e di R.J. POTHIER, *Traité du jeu*, Paris, 1767, che con riferimento ai suoi *pays de droit coutumier*, dove non vigono le restrizioni romanistiche, ne prospetta per l'appunto quell'inquadramento generale in termini di obbligazioni naturali che verrà quindi fatto proprio dagli artt. 1965-1967 del *Code Napoléon*, nonché dai corrispondenti artt. 1802-1804 del Codice Pisanelli, ed infine dai nostri artt. 1933-1935 c.c.

¹⁸ Si tratta, non a caso, di tipici esempi di ordinamenti dei privati cui si riferisce la teoria di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Roma, Sampaolesi, 1929 (ristampa Milano, 1963, con *Presentazione* di SALV. ROMANO).

¹⁹ Già i primi commentatori ottocenteschi del *Code Napoléon* si dividevano fra quanti ricollegavano la regola dell'art. 1967, per cui "le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé", a quella dettata in termini più generali dall'art. 1235, per cui "la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles", e quanti invece negavano tale connessione e spiegavano semmai l'irripetibilità col richiamo all'antica massima *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis* (cfr. A. CAPPUCIO, *op. cit.*, pp. 120-123, per i riferimenti). Da noi la *Relazione al Codice Civile* del 1942 ha espressamente proclamato che "il pagamento del debito di giuoco non è altro che l'adempimento di una obbligazione naturale", posizione che è dunque seguita dalla maggior parte degli autori, ma ciò non toglie che il punto si presti tut-

Ai nostri fini sembra più importante evidenziare come l'assetto codicistico originario, e formalmente giunto immutato sino a noi, delinei con una certa chiarezza il rapporto fra un'ipotesi assunta come normale e regolare, in cui alla materia dei debiti di giuoco si applica per l'appunto la disciplina *nec actio nec repetitio*, ed altre ipotesi impostate come eccezionali, in cui l'ordinamento statuale assume invece una posizione, in un senso o nell'altro, più netta. E così, da una parte, si fanno salvi i casi di gioco legalmente autorizzato, e statalizzato, in cui sorgono vere e proprie obbligazioni civili, mentre, dall'altra, si prevedono, ancora una volta in sostanziale consonanza con la disciplina generale delle obbligazioni naturali, specifiche ipotesi in cui l'azione di ripetizione va comunque accordata²⁰.

Il problema che occorre affrontare oggi attiene, infatti, ad una verifica circa la perdurante validità, sempre più dubbia, dei rapporti sistematici fra regola ed eccezioni così come li abbiamo appena enunciati, dal momento che, pur in assenza di variazioni formali al testo legislativo, la collocazione ordinamentale del plesso normativo in esame parrebbe essersi significativamente evoluta. Una possibile revisione critica di tale assetto ci sembra conseguentemente sostenibile da due distinti punti di vista, a prima vista forse addirittura opposti o comunque volti a riequilibrarsi l'un l'altro, ma poi in realtà concretamente convergenti nella tendenza a ridurre, se non proprio eliminare del tutto, quel peculiare spazio di transizione cui abbiamo sinora fatto riferimento, determinando così anche qui un ulteriore sviluppo evolutivo.

2. Tensioni sistematiche

Da un primo punto di vista, occorre considerare che la marginalità delle ipotesi dei giochi legalmente ammessi, ed almeno in qualche caso contemplati dal codificatore con una terminologia e delle *rationes* palesemente d'altri tempi²¹, sembra appartenere sempre di più

tora a controversie: nella dottrina più recente si possono vedere G. AGRIFOGLIO, *Il gioco e la scommessa tra ordinamento sportivo e pubblici poteri*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 39 ss., per l'adesione alle posizioni della Relazione, e A. NICOLUSSI, *Etica del contratto e lo spot contract del gioco. Spunti per una direttiva di tutela*, in *Jus*, 2019, pp. 10-11, per la tesi che invece contesta il riferimento alle obbligazioni naturali e richiama per l'appunto quell'art. 2035 c.c. che ha codificato la regola *in pari causa*.

²⁰ Ricordiamo, infatti, che l'art. 1933 c.c. pone in termini generali la regola della *soluti retentio*, salvi i casi di frode o incapacità, tendenzialmente corrispondenti a quelli dell'art. 2034 c.c. che in materia di obbligazioni naturali condiziona l'irripetibilità alla capacità del *solvens* ed alla spontaneità del pagamento. Le ipotesi, legislativamente configurate come eccezionali, in cui sorgono obbligazioni civili sono quindi previste sia dall'art. 1934 c.c., che recepisce l'antica eccezione romanistica per le competizioni agonistiche, già passata nell'art. 1966 *Code Napoléon* e nell'art. 1803 Codice Pisanelli, sia dall'art. 1935 c.c., che ne configura un'altra per il ben più recente fenomeno delle lotterie, ignota alle predette codificazioni ma già sancita, in ossequio forse alle antiche tradizioni germaniche e senz'altro alle moderne ragioni di cassa, nel § 1274 dell'*ABGB* austriaco del 1811 e nel § 763 del *BGB* tedesco del 1900, che d'altra parte non avevano invece recepito la prima eccezione.

²¹ Questo è in particolare il caso dell'eccezione agonistica di cui all'art. 1934 c.c., in cui l'indicazione dei giochi ammessi a produrre obbligazioni civili, si apre col richiamo a quelli "*che addestrano al maneggio delle armi*", riprendendo alla lettera il dettato dell'art. 1966 *Code Napoléon* che pure si apriva con "*Les jeux propres à exercer au fait des armes*". Inve-

al passato. Anzitutto, vi è il dato quantitativamente più evidente di un incremento delle fattispecie²², e della loro importanza sociale ed economica prima ancora che giuridica, che in buona sostanza si deve a ragioni di finanza pubblica. Risulta ormai abbastanza chiaro come in tempi di restrittivi vincoli di bilancio imposti dalla disciplina euro-unitaria ovvero, con un'ancora maggiore coerenza, dalla rischiosa esposizione sui mercati internazionali del debito pubblico, ed, al tempo stesso e forse non a caso, di crisi economica e di ristagno produttivo, una delle vie brevi²³ con cui si sono affrontate le sempre impellenti esigenze di cassa sia stata appunto quella di incrementare un drenaggio di risorse tramite i giochi autorizzati, trovata magari non nuova ma con riguardo alla quale sono certo diminuiti gli scrupoli che almeno in certe fasi la avevano circondata²⁴. D'altra parte, proprio una fase di pesanti difficoltà economiche, come è appunto quella segnata dalla più grave crisi dal dopoguerra, nel rendere più difficile da sperare per milioni di persone un miglioramento delle proprie condizioni tramite la via del lavoro produttivo, della circolazione dei beni e della meritocrazia²⁵, ha finito per incentivare la tendenza, anche qui forse connessa pure a

ro, l'utilità di incentivare la preparazione militare poteva senz'altro fondare adeguatamente tale eccezione nella logica napoleonica del 1804 ed in quella mussoliniana del 1942, ma certo oggi sarebbe assai arduo voler costruire su tali basi un ragionamento sistematicamente e costituzionalmente coerente.

²² In questa sede nemmeno tenteremo di fornire un ragguaglio della normativa al riguardo, rinviando semmai per alcuni riferimenti a M. PARADISO, *Giuoco, scommessa, rendite*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, Utet, 2006, pp. 192 ss., in cui l'Autore delinea icasticamente il quadro di una "materia che, in funzione dell'essenziale interesse erariale che la domina, registra un crescente, reiterato e ormai farraginoso intervento del legislatore, tanto che occorre districarsi tra un incredibile numero di leggi e decreti legislativi, decreti ministeriali e decreti dirigenziali delle decine tra ministeri, direzioni generali, amministrazioni autonome e autorità garanti che sono coinvolti a vario titolo nella disciplina e nella gestione, e le cui innovazioni si susseguono senza posa". A titolo di significativo esempio ricorderemo qui solo la quantità di modifiche subite dal testo dell'art. 110 t.u.l.p.s. per includere, nei suoi vari nuovi commi e lettere *bis, ter, etc.*, tutta una impressionante serie di apparecchi e congegni per il gioco autorizzato.

²³ Con ogni evidenza è più semplice e popolare inventare qualche nuovo gioco d'azzardo che non riqualificare la spesa pubblica o incrementare ulteriormente la pressione tributaria. Peraltro, il gioco di Stato si presta ad essere impiegato pure a fini strettamente fiscali, come dimostra l'ipotesi della cosiddetta "lotteria degli scontrini" finalizzata al contrasto dell'evasione, prevista dai commi 540-544 dell'articolo unico della l. 11 dicembre 2016, n. 232, ovvero legge di stabilità per il 2017, e di cui è stata poi più volte prorogata l'entrata in funzione.

²⁴ Anche alla crisi fiscale del primo dopoguerra si era cercato di rispondere pure col gioco di Stato, ed il r.d.l. 27 aprile 1924, n. 636, aveva previsto in termini generali l'autorizzazione all'apertura di "case" per il suo esercizio, ma, in seguito alla mancata conversione in legge, il Ministero aveva ripiegato su ben più specifici provvedimenti che consentirono nel corso del Ventennio l'apertura di tre soli casinò nelle località turistiche di Sanremo, Campione d'Italia (entrambe assai prossime ai confini e quindi giustificabili pure con la necessità di evitare un deflusso di valuta verso la Costa Azzurra o la Svizzera) e Venezia, cui si aggiunse Saint Vincent in seguito ad un'iniziativa illegittima dell'amministrazione provvisoria valdostana nel 1946, tollerata dal Governo De Gasperi anche allo scopo di evitare l'allora concreto pericolo di un'opzione della stessa per l'annessione alla Francia: del resto, l'intera la disciplina delle case da gioco presenta notevolissime complessità sul piano della legittimità amministrativa, su cui rinviando nuovamente a M. PARADISO, *op. cit.*, pp. 162 ss. Il punto è che oggi, invece, giochi d'azzardo che presentano una ben maggiore pericolosità sociale e sanitaria di quelli dei casinò sono accessibili dietro l'angolo di ogni cittadina, ed ovunque tramite internet.

²⁵ Il noto studio di T. PIKETTY, *Il Capitale nel XXI secolo*, trad. it., Milano, 2014, offre il quadro di un mondo contemporaneo in cui il tasso di rendimento del capitale è tornato ad essere di gran lunga superiore rispetto a quello di crescita dell'economia, invertendo la tendenza affermata all'indomani delle guerre mondiali, in un'epoca segnata dalle distruzioni belliche e dal keynesismo, e finendo per ripristinare un assetto ottocentesco, in cui la ricchezza ereditata prevale necessariamente su quella guadagnata, come nella società, antiegalitaria ed antimercatocrazia, che l'economista ama illustrare

più antichi retaggi²⁶ ma quantomeno potentemente risvegliata dal nuovo contesto, a puntare tutto sul surrogato del sogno di vincere al gioco, che beninteso finisce poi nella gran parte dei casi per peggiorare significativamente le condizioni personali e patrimoniali degli interessati. Il combinarsi di tali tendenze muta oltretutto la natura effettuale del fenomeno del gioco, da quel passatempo aggregativo di circoli benestanti che il legislatore del 1942 poteva avere in mente, ad un fenomeno di massa, posto che è sui grandi numeri che l'industria del *gambling* può produrre flussi di cassa rilevanti ed anche perché è soprattutto, ancorché non esclusivamente, sulle classi disagiate che agiscono quei fattori psicosociali cui si alludeva²⁷. Riterremmo che siffatte mutazioni della realtà sociale²⁸ non possano non incidere su un'interpretazione giuridica attenta, ma, anche a volerne prescindere, resta il dato normativo di un'enorme moltiplicazione di quelle che dovremmo qualificare come mere eccezioni rispetto allo schema codicistico ma che, proprio per la loro numerosità ed incisività, sempre meno si prestano ad essere considerate tali.

Al tempo stesso va tenuta nel debito conto l'azione di modificazione sistematica operata dalle discipline che hanno espressamente sottratto alla configurazione codicistica in termini di giuoco e scommessa tutta una serie di negoziazioni finanziarie che in sé e per sé dell'azzardo avrebbero tutti i caratteri²⁹. Il legislatore dell'intermediazione mobiliare ha evidentemente considerato opportuno riqualificare tali ipotesi come contratti dettagliatamente regolati, anche a tutela degli investitori, e comunque pienamente produttivi di obbligazioni civili, allo scopo di favorire lo sviluppo dei mercati finanziari, intesi quale fondamentale risorsa per la crescita economica. Se poi tale "scommessa" sulla finanziarizzazione dell'economia abbia dato buoni frutti è certo discutibile, viste proprio le radici fi-

richiamando le parole del Vautrin di H. DE BALZAC, *Le Père Goriot*, Paris, 1835. E, se tutto dipende da come il caso ha distribuito le nascite, allora per reagire non resta che puntare sul caso delle lotterie.

²⁶ Il gioco del lotto sarebbe nato a Genova nel XVI secolo come *giuoco del seminario*, che consisteva nello scommettere su chi sarebbe stato sorteggiato per entrare in Senato, poi ribattezzato *giuoco delle zitelle* quando la Repubblica marinara ne assunse la gestione diretta per trarne profitto destinando però una parte dei proventi al finanziamento delle doti per le ragazze indigenti, ed assunse infine il nome odierno, in origine fiorentino, quando nel XIX secolo lo Stato unitario lo avocò a sé. Ha acquistato però un maggiore rilievo sociale soprattutto nelle regioni meridionali, tramite la connessione a livello di cultura popolare con l'interpretazione dei sogni e la cosiddetta *smorfia*, le cui prime edizioni risalgono al XVIII secolo. Si veda in proposito, anche per ulteriori riferimenti, M. PARADISO, *op. cit.*, pp. 194 ss.

²⁷ Una sorta di inquietante simbolo di tali vicende lo possiamo incontrare in molte delle nostre città, osservando come non di rado quelli che prima della crisi erano stati capannoni industriali o magazzini commerciali abbiano finito per essere adibiti alle attività dell'unico mercato in ascesa, appunto quello del *gambling*.

²⁸ Ci sembra, invero, che sul piano fattuale la realtà del giuoco "dei gentiluomini", che doveva essere presente al codificatore, e la cui nobile drammaticità ha fornito materia per svariate illustrazioni letterarie e artistiche, dalla sfida a carte tra Alfredo Germont e il Barone Douphol che nel rutilante salotto di Flora Bervoix precede di poco quella all'arma bianca (G. VERDI, F.M. PIAVE, *La traviata*, atto II, scena XII, Venezia, 6 marzo 1853) sino al celeberrimo e per certi profili autobiografico F. DOSTOEVSKY, *Игрокъ (Il giocatore)*, Sankt-Petersburg, 1866, risulti incommensurabile con lo squallore della disperata e meccanizzata alienazione dell'odierna vittima delle *slot machines* o del *videopoker*.

²⁹ Alludiamo naturalmente all'art. 23, comma 5, t.u.f.: sul rapporto tra scommessa e mercati finanziari, con particolare riguardo ai cosiddetti derivati, cfr. G. AGRIFOGLIO, *op. cit.*, pp. 170 ss., che richiama anche D. IMBRUGLIA, *La creazione razionale dell'alea nei derivati otc e la nullità dello swap per vizio di causa*, in *Persona e mercato*, 2013, 4, pp. 332 ss.

nanziarie della crisi cui abbiamo già fatto riferimento³⁰, ma il punto da evidenziare ai nostri fini rimane un altro: anche in questo caso un ampio novero di fattispecie relevantissime, sul piano economico e per gli interessi coinvolti, è stato sottratto alla disciplina altrimenti generale, venendo quindi riconfigurato in termini ad essa opposti.

In sintesi, parrebbe di poter rilevare come ad essere oggi residuale sia piuttosto la disciplina in origine dettata come generale³¹. Diviene dunque, a nostro avviso, possibile metterne ulteriormente in discussione la tenuta sistematica prendendo questa volta le mosse dall'altro dei contrapposti punti di vista cui si alludeva.

Proprio l'espansione ed industrializzazione del gioco d'azzardo hanno, infatti, finito per determinare anche una reazione di segno contrario rispetto agli sviluppi che abbiamo sinora richiamato, mossa dalla accresciuta consapevolezza del rischio che tale fenomeno può rappresentare dal punto di vista sia sociale sia più specificamente sanitario. Pertanto, agli interventi normativi in un senso se ne sono affiancati, talvolta in un intreccio palesemente contraddittorio, o forse solo ipocrita ma certamente non isolato nel mondo dei monopoli di Stato³², altri mossi invece da tutt'altra dichiarata *ratio*, e dunque miranti a controllare e limitare la diffusione di un fenomeno esplicitamente riguardato come socialmente pericoloso, oltre che a soccorrerne le vittime³³. Prescindendo in questa sede da una di-

³⁰ Su come il *Kasinokapitalismus* si ponga alle origini della recente crisi finanziaria si veda A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 5, che richiama anche U. REIFNER, *Die Geldgesellschaft. Aus der Finanzkrise lernen*, Wiesbaden, 2010, pp. 171 ss., e G. ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2009.

³¹ Come segnala G. AGRIFOGLIO, *op. cit.*, pp. 119 ss., il rovesciamento di prospettiva è evidenziato da quella giurisprudenza che ha avuto occasione di sancire la non contrarietà all'ordine pubblico internazionalprivatistico delle decisioni straniere di condanna al pagamento di debiti di gioco emesse nell'ambito di ordinamenti, nella specie quello delle Bahamas dove si trovavano i casinò in questione, in base ai quali essi producono in ogni caso obbligazioni civili (Cass., 27 settembre 2012, n. 16511, e Cass., 17 gennaio 2013, n. 1163, entrambe in *www.lexgiocbi.it*).

³² Per un esempio storico si possono ricordare le laute entrate che lo Stato Pontificio ricavava dalla prostituzione esercitata dalle "donne curiali", circa 7.000 sui 50.000 abitanti nella Roma cinquecentesca, meta di imponenti flussi di pellegrini e dei più vari soggetti gravitanti attorno alla splendida corte papale (cfr. R. MENDOZA, *Il peccato e il tributo. Prostitute e fisco nella Roma del '500*, Roma, 2016). Per un ulteriore esempio odierno basti pensare a come il nostro Stato si impegni in campagne informativo-moralistiche sui danni del fumo senza frattanto disdegnare le non irrilevanti entrate che gli pervengono dal monopolio sui tabacchi.

³³ Con l'art. 5, comma 2, e l'art. 7, commi da 4 a 10, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito in l. 8 novembre 2012, n. 189, noto anche come Decreto Balduzzi: è stato disposto l'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza sanitaria con riferimento alle prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette da ludopatia; sono state disposte, sotto pena di sanzioni amministrative, restrizioni sulla pubblicità dei giochi d'azzardo e sull'accesso dei minori alle aree dove vengono praticati; sono stati previsti obblighi informativi e di avvertimento sul rischio di dipendenza da inserire nei messaggi pubblicitari in discorso oltre che nei siti internet di gioco online, all'interno dei locali da gioco e sulle schedine o tagliandi; è stata promossa la realizzazione in ambito scolastico di campagne informative sui rischi del gioco; è stata prospettata una progressiva ricollocazione dei luoghi di gioco pubblico lontano da scuole, ospedali e luoghi di culto, sempre però nei limiti del bilanciamento con gli interessi dell'erario; è stato istituito a livello ministeriale un "Osservatorio per il contrasto della diffusione del gioco d'azzardo e il fenomeno della dipendenza grave". Con il comma 133 dell'articolo unico della l. 23 dicembre 2014, n. 190, ovvero legge di stabilità per il 2015, sono stati stanziati fondi per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle patologie connesse alla dipendenza da gioco d'azzardo. Con i commi da 936 a 946 dell'articolo unico della l. 28 dicembre 2015, n. 208, ovvero legge di stabilità per il 2016: si sono delineate procedure per ridefinire la distribuzione territoriale dei punti di gioco e progressivamente ridurre le autorizzazioni; le restrizioni alla pubblicità sono state ampliate e sono state programmate campagne di sensibilizzazione, in attuazione di quanto previsto dalla raccomandazione 2014/478 della Commissione UE, del 14 luglio 2014; è stato istituito un fondo

samina delle singole specificazioni, va ad ogni modo evidenziato come il riconoscimento, peraltro anche a livello internazionale³⁴, della rilevanza del problema della ludopatia pone questo secondo gruppo di ipotesi all'attenzione dell'interprete pure nell'ottica della tutela costituzionale della salute, intesa sia come diritto dell'individuo sia come interesse della collettività, il che ci consente quindi di valorizzarle in quanto attuative della fondamentale direttrice espressa dall'art. 32 della Carta³⁵. Da qui la necessità di trarne conseguenze che vadano oltre l'ambito delle loro specifiche prescrizioni, per consentirci di rileggere in maniera diversa anche ulteriori contesti sistematici, e fra di essi quello precipuamente oggetto della nostra attenzione in questa sede.

per il contrasto al gioco d'azzardo patologico. La giurisprudenza europea (cfr. CGUE, 22 gennaio 2015, C-463/13, *Stanley International Betting Ltd c. Italia*, anche per ulteriori riferimenti a precedenti decisioni) ha riconosciuto la legittimità di alcune restrizioni alla libera concorrenza in materia di giochi, in ragione della sussistenza di motivi imperativi di interesse generale attinenti alla tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza e della sanità. Vanno inoltre segnalati numerosi interventi normativi in punto di prevenzione e contrasto al gioco d'azzardo patologico nonché di recupero e trattamento delle persone affette, da parte di Regioni ed Enti Locali, che spesso sono quelli più interessati a muoversi in quanto non sono diretti beneficiari del gettito dei giochi ma si trovano a doverne affrontare le ricadute sociosanitarie (cfr., anche per ulteriori riferimenti, A. VESTO, *La ludopatia: il pendolo del rimedio tra incapacità e equilibrio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, pp. 1417 ss., e G. MAROTTA, *Gli interventi di contrasto del disturbo da gioco d'azzardo (DGA): analisi della normativa e della giurisprudenza*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 1, pp. 159 ss.). Infine, con il comma 569 dell'articolo unico della l. 30 dicembre 2018, n. 145, ovvero legge di stabilità per il 2019, è stata prevista la realizzazione di dispositivi per monitorare l'effettivo rispetto degli orari di esercizio degli apparecchi da gioco, mentre con l'art. 9 del più recente d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito in l. 9 agosto 2018, n. 96, e noto con l'altisonante appellativo di Decreto Dignità: è stato introdotto un divieto generale di pubblicità e sponsorizzazione, destinando i proventi delle relative sanzioni al contrasto dei disturbi da gioco d'azzardo; sono state regolate più nel dettaglio misure e i contenuti delle formule di avvertimento; è stato previsto che l'accesso agli apparecchi da gioco sia possibile solo tramite tessera sanitaria onde evitare che i minori possano farne uso; è stato disciplinato il rilascio di un logo "no slot" con cui i locali immuni da tali apparecchi potranno caratterizzarsi; è stata promessa una più complessiva riforma della materia dei giochi pubblici. La portata applicativa dei divieti alla pubblicità e sponsorizzazione è stata successivamente ridimensionata dalle linee guida emanate il 18 aprile 2019 dall'AGCOM che ha quindi pubblicato in data 24 luglio 2019 un ulteriore documento nettamente critico nei confronti dell'intervento legislativo in materia, suscitando una viva polemica con il Ministro Di Maio. In termini più generali occorre osservare come il ripetersi dei divieti, come già nei tempi molto più remoti cui abbiamo fatto riferimento, è segno anche di una loro ineffettività, dovuta anche al fatto che i primi controinteressati sono proprio organi dello Stato, ed oltretutto colpisce dover prendere atto di come ad essere divenuta peculiare, e quindi meritevole di segnalazione tramite apposito logo, sia ormai l'assenza delle *slot machines*. Quanto invece agli interventi di sostegno alle vittime andrebbe rilevato come, nonostante l'essenziale ruolo del terzo settore, le spese pubbliche in questo ambito possano mettere a repentaglio la stessa razionalità economica del gioco di Stato.

³⁴ L'OMS in data 25 maggio 2019 ha ufficialmente adottato la nuova *International Classification of Diseases 11*, che entrerà in vigore nel gennaio 2022, nella quale è espressamente incluso anche il *gambling disorder*. Peraltro, già nella menzionata raccomandazione UE 478 del 2014 si trovavano, al considerando 12, riferimenti al *gambling disorder* come grave problematica con seri impatti in ambito personale e familiare per lo 0,1-0,8 % dell'intera popolazione adulta.

³⁵ Un ulteriore referente può essere rappresentato dall'art. 47 Cost. sulla tutela del risparmio che dalla diffusione dell'azzardo, ludico o finanziario, è in effetti vulnerato in maniera ancora più diretta della salute, mentre, almeno ai nostri fini, convince meno l'ipotesi che a tali valori contrappone un diritto alla ricerca della felicità che in qualche modo tutelerebbe invece proprio il gioco (su entrambi i profili cfr. G. AGRIFOGLIO, *op. cit.*, pp. 94 ss. e pp. 155 ss.). Invero, il problema non sta tanto nel fatto che la formula in questione appartiene in effetti ad una Costituzione straniera, com'è noto quella americana, in quanto lo si potrebbe anche far opportunamente rientrare nel concetto di svolgimento della personalità di cui all'art. 2 Cost., ma semmai nella considerazione che esso potrebbe semmai valere a far tacciare di incostituzionalità normative che arrivassero a vietare il fatto del gioco, mentre ci sembra arduo poterlo spendere contro interventi normativi (o interpretativi come quello che tenteremo nel prosieguo) volti alla tutela del giocatore/debitore come soggetto vulnerabile.

Insomma, se tutto un plesso di disposizioni legislative, non prive di riferimenti anche sovranazionali, e comunque nel loro insieme riguardabili come attuative di direttive costituzionali, mira al contrasto del gioco d'azzardo inteso quale pericolo sociale per la salute individuale e collettiva, e quindi al tempo stesso alla tutela del giocatore inteso come soggetto vulnerabile, allora diviene sempre più arduo accettare che dei debiti di gioco si possa ancora credibilmente discorrere in termini di “dovere morale o sociale”, secondo la classica definizione dell'obbligazione naturale, o addirittura di “debito d'onore” secondo una terminologia chiaramente d'altri tempi. Il che rende comunque necessario ridiscutere, a seconda delle già ricordate varianti classificatorie, la sussunzione del debito di giuoco fra le obbligazioni naturali ovvero la sua sottoposizione alla loro medesima disciplina³⁶. La clausola generale in discorso mostra qui, infatti, le sue potenzialità di organo respiratorio dell'ordinamento, veicolo di interpretazioni evolutive³⁷, e quindi meccanismo di fondamentale utilità per il diritto della postmodernità ai fini della gestione di transizioni storico-sociali, come si è visto già a proposito delle ulteriori applicazioni ricordate in apertura. Più in concreto, posto che la disciplina codicistica si presenta testualmente immutata, l'obiettivo, a prescindere da eventuali auspici di riforma e da improbabili ipotesi di rimessione alla Consulta, dovrebbe essere quello di interpretarla nella maniera più conforme all'istanza di protezione del soggetto vulnerabile, il giocatore patologico, che le ricordate normative esprimono, ponendosi altresì per l'appunto come attuative di principi di rango costituzionale³⁸. E tutto ciò potrebbe, a nostro avviso, aprire qualche prospettiva di interesse sia per quanto riguarda la disciplina almeno originariamente generale, sia anche per ciò che invece attiene a quella, oggi così cresciuta, del gioco statalizzato. In entrambi i casi si tratta, invero, di muoversi a norme invariate per proporre letture nuove, a partire da frammenti magari a loro volta eccezionali secondo l'impostazione originaria ma oggi capaci di assumere ben altra rilevanza sistematica.

³⁶ Fondamentale il riferimento a P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, p. 362, nt. 16, per la necessità di una interpretazione abrogante circa le fattispecie di obbligazione naturale, “qualora si dimostri che la socialità del dovere nella coscienza collettiva è venuta meno ed è essa il solo fondamento, la sola ratio della norma”.

³⁷ Delle clausole generali come *Ventilbegriffe* parla da tempo la miglior dottrina tedesca, e delle obbligazioni naturali come “*valvola di apertura dell'ordinamento*”, capace di intervenire in un processo di moralizzazione del diritto, parlava già F. CARNELUTTI, *Il rapporto giuridico naturale*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, pp. 171 ss. Per ulteriori riferimenti sul punto si veda M. MAZZUCA, *op. cit.*, 2013, pp. 30 ss., che richiama anche G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925. Quanto alla post-modernità giuridica, ed al rinnovato ruolo dell'interprete, si veda per tutti P. GROSSI, *Percorsi nel giuridico post-moderno*, Napoli, 2017.

³⁸ Non è certo questa la sede per tentare anche solo un abbozzo bibliografico sul tema dell'interpretazione evolutiva o di quella costituzionalmente orientata. Si vedano, per tutti, SANTI ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, pp. 119 ss., e P. PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale: antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012.

3. Prospettive interpretative

Partiamo dunque dalla considerazione di quella disciplina *nec actio nec repetitio* di cui abbiamo osservato la progressiva marginalizzazione. Se l'obiettivo di quell'operazione di interpretazione evolutiva e costituzionalizzante cui miriamo è dunque un incremento di tutela del giocatore come soggetto debole, e quindi una minimizzazione dell'area in cui il pagamento del debito di gioco possa essere trattato come adempimento di un dovere morale o sociale, insuscettibile di ripetizione, allora la via da percorrere parrebbe quella di un'interpretazione estensiva delle ipotesi che già nel testo codicistico consentono di ammettere la *repetitio*. Si tratterebbe insomma di estendere anche l'altro versante delle eccezioni ad una normativa generale ormai minata, così da adeguarla il più possibile agli obiettivi ricordati. Invero, posto che il legislatore ha, da una parte, così ampliato l'area del gioco legalizzato, e quindi produttivo di obbligazioni civili, e dall'altra, sia pure schizofrenicamente, ha elaborato interventi, di rilievo anche attuativo dell'art. 32 Cost., intesi al contrasto delle negative ricadute sociosanitarie del gioco patologico, parrebbe di poterne trarre un'indicazione nel senso che, quantomeno al di fuori dell'area dell'autorizzazione, sia ora molto più difficile poter rinvenire, alla luce dell'intervenuta evoluzione dell'ordinamento, quella relativa positività e tollerabilità del debito di giuoco alla stregua di dovere morale o sociale. Da qui appunto la necessità di estendere in via interpretativa anche l'ambito delle due eccezioni che, lasciando invariato il testo normativo, ci possono consentire di pervenire a tale esito. E, com'è noto, le ipotesi in questione sono quelle che il legislatore individua col riferimento all'incapacità ed alla frode: di entrambe ci sembra possibile, ed anzi coerente con ulteriori sviluppi sistematici, una lettura non originalista.

Il codificatore del 1942 considerava l'incapacità in termini profondamente diversi dalla sensibilità odierna, in quanto tendeva a porre netti confini tra la posizione del soggetto pienamente capace, e quindi pienamente responsabile, e di quello che invece della capacità di agire perdeva ogni residuo, per restare dietro ai cancelli legali dell'interdizione e a quelli fisici del manicomio. In tale contesto il riferimento legale ad una condizione suscettibile di legittimare l'esercizio dell'azione di ripetizione era configurato anzitutto avendo riguardo alla posizione del minore di età, mentre ulteriori ipotesi vi rientravano più per completezza espositiva e con un rilievo pratico marginale³⁹. Oggi, però, dopo la nota rifor-

³⁹ In origine l'art. 1967 *Code Napoléon* non prevedeva affatto tale ipotesi ma escludeva espressamente la *soluti retentio* solo in caso di "*dol, superchierie ou escroquerie*", insomma nelle ipotesi di frode sulle quali torneremo fra breve, per cui gli interpreti discutevano se tale tutela potesse estendersi in forza dei principi generali anche a minori, donne maritate ed altri incapaci ma la giurisprudenza tendeva a dare al quesito una risposta negativa (cfr. A. CAPPUCCIO, *op. cit.*, pp. 118-119). L'esplicita aggiunta della minore età fra le cause che giustificavano la *repetitio* si ebbe invece con l'art. 1839 del *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* del 1819 e da lì passò ad alcune altre codificazioni preunitarie e quindi al Codice Pisanelli, il cui art. 1804 completò la formula con la menzione anche di interdetti e inabilitati (cfr. A. CAPPUCCIO, *op. cit.*, pp. 141-161). La vigente formula dell'art. 193 c.c. parla più genericamente di incapaci, il che può consentire di ricomprendervi anche i soggetti affetta da una temporanea incapacità solo naturale (*contra* però AN. GENTILI, *Il contratto di giuoco e la scommessa*, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, III, III, p. 1035),

ma del 2004 introduttiva dell'amministrazione di sostegno, che ha assai marginalizzato gli altri istituti incapacitanti pur senza abolirli formalmente, il quadro delle limitazioni della capacità di agire si presenta molto più sfumato, in quanto l'istituto oggi dominante ha come campo di applicazione un ben più vasto ambito di situazioni di debolezza e vulnerabilità fisiche o psichiche, rispetto alle quali mira ad introdurre meccanismi di protezione graduabili in concreto al fine di incidere il meno possibile sulla concreta autonomia personale del soggetto, e sulle possibilità di realizzazione delle aspirazioni esistenziali dello stesso, pur garantendo un'effettiva difesa dei suoi interessi patrimoniali e non⁴⁰. In tale quadro radicalmente mutato, diviene possibile anche prendere in considerazione la posizione del soggetto ludopatico, o se si preferisce giocatore patologico, e ciò sia al fine di assumerla come presupposto per la nomina di un amministratore di sostegno, che affianchi ed assista il soggetto ove necessario⁴¹, sia, per ciò che a noi più interessa in questa sede, appunto al fine di ritenerlo legittimato in quanto tale all'esperimento dell'azione di ripetizione rispetto ai debiti di gioco pagati⁴². Peraltro, che condizioni del genere non siano estranee all'ambito degli istituti di protezione codificati potrebbe aiutarci a dimostrarlo, ove mai non bastasse l'ampia formula che il legislatore usa in tema di amministrazione di sostegno, e che parrebbe invero più che sufficiente, anche una possibile attualizzazione della terminologia d'altri tempi che il codificatore aveva utilizzato nel mai ben implementato istituto dell'inabilitazione, ormai anch'esso desueto, con il richiamo alla figura del "prodigo"⁴³. Ed occorre

e soprattutto di aprire alle prospettive ulteriori di cui diremo. Fermandoci però un attimo sul contesto del 1942, resta abbastanza forte la sensazione che il caso di rilievo concreto fosse ancora quello del minore, cioè dell'infraventunenne, posto che il coinvolgimento in una partita di un interdetto o di un ubriaco parrebbero casistiche invero marginali, e che l'inabilitazione nella pratica è sempre rimasta istituto "scarsamente utilizzabile e utilizzato" (Trib. Venezia, 26 settembre 2006, in www.personaedanno.it).

⁴⁰ Il riferimento è naturalmente ai nuovi artt. 404 ss. c.c., la cui introduzione ha rappresentato una sorta di tardivo *pendant* civilistico della svolta nel senso della deistituzionalizzazione dei malati psichiatrici segnata dalla l. 13 maggio 1978, n. 130, più nota come Legge Basaglia. Si vedano al riguardo quantomeno: U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e di difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, pp. 1002 ss.; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, pp. 29 ss.; G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005; M. TESCARO, *Amministrazione di sostegno*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, Utet, 2007, pp. 9 ss.; A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Padova, 2012.

⁴¹ L'utilizzo in tal senso dell'istituto dell'amministrazione di sostegno è in effetti tutt'altro che infrequente, e ciò anche in considerazione della recente esplosione del problema sociale e sanitario della ludopatia (a titolo esemplificativo si segnalano: Trib. Modena, 20 marzo 2008, in *Giust. civ.*, 2008, pp. 2037 ss., con nota di A. BULGARELLI; Trib. Roma, 29 luglio 2008, e Trib. Varese, 25 novembre 2009, entrambe in www.personaedanno.it; nonché Trib. Monza, 15 dicembre 2010, in www.federserd.it). Si veda al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, C. IURILLI, *L'amministratore di sostegno: poteri e funzioni in tema di giochi, scommesse e ludopatia*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, pp. 221 ss.

⁴² G. AGRIFOGLIO, *op. cit.*, p. 126, segnala la decisione del Trib. La Spezia, 16 gennaio 2013, in www.gioconews.it, che ha ritenuto naturalmente incapace un soggetto in quanto affetto da ludopatia ed ha quindi annullato i pagherò cambiari da lui emessi per adempiere a debiti di gioco. Più di recente valorizza l'equiparazione tra ludopatico ed incapace codicistico anche A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 17.

⁴³ Ai tempi dell'art. 339 Codice Pisanelli, l'inabilitazione rappresentava una categoria inedita che secondo L. BORSARI, *Commentario del Codice civile*, vol. I, Torino, 1881, p. 1097, avrebbe dovuto "render la legge pieghevole e accomodata alle forme variabili ed impari del morbo intellettuale in modo da rispondere ai bisogni patrimoniali che l'assenza e la debolezza della ragione produce", ed insomma rispondere alle esigenze che quasi centocinquanta anni dopo hanno indotto

altresì ricordare che la norma in tema di ripetizione del pagamento dei debiti di giuoco non fa espresso riferimento a specifiche condizioni formalizzate, ma ad una incapacità genericamente intesa, per cui dovrebbe essere la condizione di dipendenza patologica in sé considerata a valere ai fini di tale legittimazione, anche prima ed a prescindere dall'intervento dell'eventuale misura di limitazione giudiziale della capacità d'agire.

all'introduzione dell'amministrazione di sostegno, in quanto evidentemente non dovevano essere state soddisfatte appieno dal precedente strumento. La figura del prodigo risaliva però già alla tradizione romanistica (cfr. F. PULITANÒ, *Studi sulla prodigalità nel diritto romano*, Milano, 2002; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013, pp. 35 ss.) e da quella era passata alle codificazioni moderne, sempre in una funzione di garanzia della conservazione del patrimonio familiare contro condotte antieconomiche, non importa se poste in essere in ossequio ad elevati ideali o per futili motivi: un marchio d'origine evidentissimo nelle fonti antiche che richiamano la dissipazione dei "bona paterna avitae" (*Pauli Sententiae*, 3.4a.7, che riecheggia probabilmente le XII Tavole), in cui si potrebbe forse leggere una traccia dell'arcaico *heredium* che si riceveva in eredità ed in eredità si doveva ritrasmettere (VARRONE, *De re rustica*, 1.10.2), ma ben presente nel sostanziale assetto dell'istituto anche in seguito. Invero, già il liberalismo ottocentesco, in nome del principio per cui il proprietario deve avere la libera facoltà di disporre delle proprie sostanze secondo ciò che più gli piaccia, riteneva "illegittimo ed attentatorio al diritto di proprietà ogni provvedimento restrittivo rispetto al prodigo" (B. PAOLI, *Nozioni elementari di diritto civile. La tutela, la interdizione e la inabilitazione secondo il codice civile italiano*, Genova, Tipografia del R. Istituto sordo-muti, 1881, p. 241), ma è soprattutto l'odierno contesto ordinamentale a mettere l'antica impostazione a dura prova. Alla luce dei valori costituzionali ben poco apprezzamento potrebbero ricevere impostazioni volte a commisurare le possibilità di spesa su quanto si addica al ceto di appartenenza, oppure a disincentivare l'adempimento di quei doveri di solidarietà sociale, ad esempio nell'ambito del terzo settore, che invece l'ordinamento dovrebbe promuovere, ma, anche ridimensionando la figura della prodigalità alle sole spese ritenute "futili" (cfr. Cass., 13 gennaio 2017, n. 786, in *Foro it.*, 2017, p. 1302), il problema rimane. Infatti, con il venir meno della concezione istituzionale della famiglia (cfr., per tutti, G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979) è ormai ingiustificabile una compressione della libertà dell'individuo *compos sui* di spogliarsi dei propri beni, salva sempre l'attivazione dei diversi rimedi che competono ai singoli componenti della famiglia contro chi, ad esempio, venga meno agli obblighi di assistenza o ponga in essere donazioni ridicibili, ma senza che sia più rinvenibile un riferimento sistematico su cui fondare la tutela della compagine patrimoniale familiare in sé e per sé considerata. Non è, del resto, un caso che con le recenti riforme sia in Francia sia in Germania la figura della prodigalità sia stata superata (cfr. E.V. NAPOLI, *La prodigalità nell'inabilitazione*, *Giust. civ.*, 2008, pp. 3027 ss.). Pertanto, non si è mancato di sostenere che la prodigalità può determinare limitazioni giudiziali della capacità d'agire solo ove sia sintomo di una patologia psichica (cfr., in *obiter dictum*, Trib. Venezia, 26 settembre 2006, *cit.*), in difetto della quale non sarebbero praticabili né l'inabilitazione, nonostante la lettera dell'art. 415 c.c., né l'amministrazione di sostegno "secondo una prospettiva costituzionalmente orientata di protezione della dignità e libertà umana, in tutte le sue forme e manifestazioni, anche in quella di sperpero" (Trib. Modena, 3 novembre 2017, in *Fam. e dir.*, 2018, 2, pp. 142 ss., con nota adesiva di G. BONILINI, ed in *Familia*, 2018, 1, pp. 95 ss., con nota critica di V. BRIZZOLARI). Un successivo intervento di legittimità ha invece ritenuto percorribile la via dell'amministrazione di sostegno in un caso di prodigalità, ritenendola applicabile pure in difetto di espressi richiami testuali a tutte le situazioni cui si applicavano i due più vecchi istituti, anche a prescindere dalla sussistenza di specifiche patologie (Cass., 7 marzo 2018, n. 5492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 9, 1298 ss., con nota adesiva di V. BRIZZOLARI, ed in *Dir. fam. pers.*, 2019, 2, pp. 504 ss., con nota critica di M. RAMUSCHI), ma ci sembra essenziale rilevare che nella specie di trattava di un soggetto affetto proprio da ludopatia, che alla luce del ricordato intervento dell'OMS va considerata in effetti una vera patologia, mentre nel predetto caso modenese si trattava, stando alle indicazioni del provvedimento, della libertà di spendere "in viaggi, serate, donne". Insomma, ci sembra che la decisione dei supremi giudici risulti corretta negli esiti ma sia errata nelle motivazioni, e che l'effettivo orizzonte applicativo della prodigalità vada oggi ravvisato proprio con riguardo alla ludopatia in ragione del riconosciuto carattere patologico dell'ipotesi (e lo stesso può forse valere per la cosiddetta oniomania, anche se occorrerebbe essere prudenti rispetto alla tendenza a patologizzare tutto), mentre altre forme di sperpero rileveranno magari nell'ambito di un giudizio di meritevolezza, del debitore/consumatore ai fini dell'accesso all'esdebitazione o dell'atto di rinuncia alla proprietà per la sua incidenza sulla posizione di terzi, o ancora di quello di attinenza delle spese ai bisogni familiari, ai fini dell'operatività di vincoli destinatori o della determinazione di assegni di mantenimento, ma non valgono comunque a giustificare limitazioni della capacità d'agire, in ragione delle ricordate considerazioni costituzionalmente orientate ai valori di dignità e libertà umana.

Un analogo percorso interpretativo evolutivo potrebbe essere, d'altra parte, impostato anche per quanto riguarda l'ulteriore fattispecie della frode. Il codificatore, infatti, avendo fondamentalmente di mira l'ipotesi del baro che non rispetta le regole del giuoco⁴⁴, non ha per fortuna utilizzato una terminologia letterale tale da appiattire l'ipotesi sulla truffa penalistica o sul dolo come vizio del consenso. Al contrario il ricorso ad un vocabolo più generico e meno connotato può legittimare l'interprete odierno a farvi rientrare tutta una serie di ipotesi che hanno conosciuto nel frattempo una loro sempre più significativa emersione giuridica, e che assumono spesso un rilievo di primo piano nel mercato dell'azzardo, quali in particolare le pratiche commerciali scorrette o la pubblicità ingannevole, ed in particolare quegli accorgimenti che vengono utilizzati per determinare o favorire l'insorgere della dipendenza da gioco⁴⁵, e forse persino i meri difetti di informazione sui relativi rischi⁴⁶, tutte ipotesi che un interprete del 1942 avrebbe magari archiviato in termini di irrilevante *dolus bonus*. Oggi invece, ferma restando, beninteso, la possibilità di attivare gli ordinari rimedi, ed in particolare quelli risarcitori nonché quelli implicanti l'interventi delle *authorities* competenti, le ipotesi in questione ci parrebbero suscettibili di offrire anche un nuovo contenuto per la nozione di frode, così consentendoci di pervenire ad un effettivo ampliamento di tutela.

A tali rilievi si potrebbe però obiettare che un così vasto allargamento del campo applicativo delle due eccezioni finisce per togliere ogni spazio di pratica rilevanza a quella che dovrebbe essere la regola generale della *soluti retentio*, di cui si finisce per sfiorare un'*interpretatio abrogans* di dubbia ammissibilità. Sarebbe anche agevole replicare, in prima battuta, che proprio questo era l'obbiettivo sostanziale di una lettura intesa alla conformazione di tale normativa, già ampiamente scardinata e privata di effettiva generalità dai ricordati sviluppi, al fine precipuo di adeguarla alle menzionate direttive di ordine costituzionale. E soprattutto occorrerebbe osservare che l'ambito applicativo della regola *nec actio nec repetitio* manterrebbe comunque un suo rilievo con riguardo ad ipotesi, magari con ogni probabilità insuscettibili di essere sottoposte all'attenzione un giudice statale, ma non per questo inesistenti, come quelle di un gioco condotto *inter amicos*, al di fuori di ambiti organizzati, e di solito per somme non problematiche, almeno in considerazione

⁴⁴ Sul problema dei rapporti tra frode sportiva e conseguenze civili si possono vedere M. PARADISO, *op. cit.*, pp. 65 ss., e G. AGRIFOGLIO, *op. cit.*, pp. 214 ss.

⁴⁵ Sugli svariati mezzi che si utilizzano a tal fine un'utilissima fonte di informazioni è la puntata della nota trasmissione televisiva di inchiesta *Presadiretta*, intitolata "Vizio di Stato", che è andata in onda su *Rai Tre* il 30 settembre 2019. Facendo leva sulla generalità delle espressioni del già ricordato Decreto Dignità, si potrebbe peraltro addirittura arrivare a considerare ogni forma di pubblicità di qualsivoglia gioco d'azzardo, *a fortiori* quello non statalizzato di cui ci stiamo adesso occupando, come di per sé scorretta e reinterpretabile quindi in chiave di frode.

⁴⁶ Beninteso, le singole disposizioni in tema di obblighi informativi, con le relative sanzioni amministrative e le particolari specificazioni su contenuto e misura grafica degli avvertimenti, non possono trovare applicazione al di fuori dell'ambito delineato dalle già menzionate norme di legge che le prevedono, ma, anche in questo caso, possiamo ipotizzare che pure nel gioco meramente tollerato le regole di correttezza impongano a chi induce altri a partecipare un minimo onere di informazione, ovviamente non predeterminabile in via anticipata quanto alle modalità, circa i possibili rischi.

delle condizioni economiche delle parti: un contesto che peraltro era proprio quello che doveva aver avuto presente il legislatore del 1942 nel dettare la normativa. Insomma, ed in maniera solo apparentemente paradossale, è la proposta interpretazione adeguatrice a rivelarsi alla fine la più fedele all'originario mondo sociale e giuridico da cui traeva la sua scaturigine la norma reinterpreta.

Un secondo ordine di obiezioni potrebbe invece risultare di maggiore rilevanza. Invero, proprio alla luce della già avvenuta marginalizzazione delle ipotesi in discorso a fronte dell'avanzata del gioco statalizzato, potrebbe sembrare che, pur con tutto lo sforzo argomentativo profuso, si sia riusciti a proteggere il giocatore/debitore vulnerabile soltanto in situazioni, di gioco organizzato ma non autorizzato, che sarebbero alla fine di modesta rilevanza quantitativa. Diviene pertanto necessaria una riflessione ulteriore, che tocchi anche tutto il vasto ambito in cui le obbligazioni sono civili e dunque la problematica deve essere giocoforza impostata diversamente, non risultando di certo possibile discorrerne in termini di allargamento dell'esperibilità di un'azione di ripetizione che parrebbe già comunque preclusa *ab origine*.

A tal fine occorrerebbe considerare con attenzione anche le finalità che il codificatore del 1942 si proponeva col qualificare in termini di obbligazioni civili quelle scaturenti dal gioco statalizzato. Da una parte, con riferimento alle lotterie di cui all'art. 1935 c.c. lo scopo è evidentemente quello di responsabilizzare proprio lo Stato, o comunque il concessionario autorizzato, al pagamento delle vincite, e non certamente il giocatore che in tali ipotesi comparirà pressoché sempre nelle vesti di creditore. Dall'altra, con riguardo alle scommesse sportive di cui all'art. 1934 c.c., in cui invece di norma il giocatore corre bensì il rischio di esporsi come debitore civile, precipuo fine dell'intervento normativo parrebbe piuttosto quello di proteggerlo, con l'attribuzione al giudice di un potere di riduzione, o addirittura di azzeramento, dell'importo dovuto, che risulta particolarmente degno di nota in un panorama dell'autonomia contrattuale nel quale un'incidenza giudiziale sull'equilibrio economico appare tuttora, nonostante l'odierna stagione della protezione del contraente debole, ed *a fortiori* doveva apparire ai tempi delle codificazioni, come del tutto eccezionale⁴⁷.

⁴⁷ La regola è ancora più notevole in quanto risalente già all'art. 1966 *Code Napoléon*, che attribuiva al giudice il potere di "*rejeter la demande quand la somme lui paraît excessive*", nonostante il contesto storico-sistematico improntato alla massima «*qui dit contractuel dit juste*» (A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris, 1880, Hachette, p. 410), al convinto rigetto della teoria medievale del *iustum pretium* (cfr., per tutti, TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae, IIa-IIae, q. 77, a. 1 ad 1*), e conseguentemente alla più decisa tutela dell'autonomia privata contro ingerenze equitative giudiziali, e nel quale la suddetta norma rappresentava infatti un *ἀπαξλεγόμενον* completamente isolato nella materia contrattuale (cfr. A. CAPPUCIO, *op. cit.*, p. 115). L'ulteriore possibilità per il giudice di limitarsi a "*moderare la domanda*" apparirà poi nell'art. 1821 del Codice Estense del 1851, da cui, pur in mancanza di una menzione testuale nel Codice Pisanelli che ripeteva la formula napoleonica, ebbe modo di passare nella prassi giurisprudenziale postunitaria, per essere quindi recepita esplicitamente nel nuovo Codice (cfr. A. CAPPUCIO, *op. cit.*, p. 151 e p. 206). Ad ogni modo, anche nel dichiaratamente corporativistico Codice del 1942, la regola in discorso non aveva perduto la sua eccezionalità ed, a ben vedere, a tutt'oggi la regola fatta propria dalla più incisiva disciplina di tutela di un contraente debole, quella consumeristica, esclude in linea generale la sindacabilità dello squilibrio economico in quanto tale (art. 34, comma 2, cod. cons.). Per

Nell'odierno assetto ordinamentale questa *ratio* protettiva andrebbe dunque quanto più possibile valorizzata, alla luce di un contesto generale in cui l'intervento in situazioni di squilibrio tra le parti contrattuali ha ben altro ruolo sistematico, e di un contesto più specifico in cui la protezione del giocatore vulnerabile assume quella particolare rilevanza su cui ci siamo intrattenuti in questa sede. La direttiva sistematica che riteniamo di doverne trarre parrebbe dunque nel senso di un diseguale trattamento, in linea appunto con i notissimi sviluppi in tema di asimmetria contrattuale, delle parti del gioco legalmente autorizzato, nelle sue molteplici morfologie che oggi vanno ben oltre le scarse ipotesi del Codice: un'obbligazione civile davvero piena per l'organizzazione imprenditoriale, cioè per "il banco", ovvero lo Stato o il concessionario autorizzato, ed un'obbligazione civile ma soggetta al penetrante sindacato del giudice nel *quantum* per il giocatore riguardato come contraente debole e protetto⁴⁸. Rimedio quest'ultimo che nel nuovo contesto sistematico, all'insegna della necessaria tutela per il giocatore vulnerabile, non versa più in una dimensione di eccezionalità, ma potrebbe approdare ad una più convincente impostazione in termini di specialità e transtipicità⁴⁹, che ne allarghi l'ambito applicativo non solo alle scommesse sportive, ma anche a tutto l'analogo campo dell'azzardo statalizzato⁵⁰, salve eventuali esplicite esclusioni nella normativa di dettaglio.

Alla luce di tali premesse, possiamo dunque ipotizzare che quelle stesse situazioni di incapacità e di frode, *latissimo sensu* intese, che abbiamo ricostruito come tali da legittimare il soggetto affetto da ludopatia, o vittima di pratiche scorrette, all'esercizio dell'azione di ripetizione nelle ipotesi di gioco solo tollerato, dovrebbero pure valere a legittimare, laddove si tratti invece di gioco statalizzato, l'intervento riduttivo del giudice, che peraltro, considerata la sua natura equitativa e svincolata da specifici presupposti, potrebbe pure fondarsi su ulteriori situazioni di debolezza, avendo riguardo alle condizioni personali e

di più, nel nostro caso non è nemmeno possibile mirare ad un equilibrio oggettivo, dato che parliamo di scommesse di per sé aleatorie, e non di merci o servizi di cui stimare un valore, per cui l'intervento giudiziario assume una ancor più netta caratterizzazione in senso equitativo e protettivo.

⁴⁸ Sul piano sistematico è importante rilevare come, nonostante l'art. 47, comma 1, lett. c), escluda l'applicazione di buona parte della disciplina consumeristica ai contratti del gioco d'azzardo autorizzato, la giurisprudenza abbia avuto modo di riconoscere che al giocatore va riconosciuta la qualifica di consumatore ad ogni altro fine (Cass., 8 luglio 2015, n. 14288, in *Foro pad.*, 2016, 3, pp. 303 ss., con nota di C. Fossà). E, ad ogni modo, non bisogna mai dimenticare che il concetto di contraente protetto va oggi ben oltre la figura soggettiva del consumatore ed il perimetro della disciplina *stricto sensu* consumeristica, per ricomprendere anche i clienti di banche, assicurazioni e intermediari finanziari, le imprese subfornitrici, etc. Sul concetto di "gioco come atto di consumo" si veda ora anche L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa: artt. 1933-1935, in Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, pp. 186 ss.

⁴⁹ Com'è noto, la qualificazione in termini di specialità implica la possibilità di operazioni interpretative analogiche, *legis* o anche *iuris*, che il riferimento all'eccezionalità invece precluderebbe: per limitarsi ad un esempio tra quelli oggi sistematicamente più rilevanti, basti pensare alla vicenda del mutato ruolo ordinamentale delle nuove caratteristiche protettive dell'invalidità contrattuale (cfr., per tutti, G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995).

⁵⁰ Invero, occorre considerare che nella logica codicistica le scommesse sportive dovrebbero avere, sia pure in nome delle ricordate ed inattuali *rationes* militariste, una rilevanza ed impegnatività maggiori di quelle delle altre scommesse, relegate nell'ambito delle obbligazioni naturali e quindi assoggettate ad un regime di negata o ridotta tutela negoziale (cfr. M. PARADISO, *op. cit.*, pp. 96-97), per cui risulterebbe oggi paradossale ed asistemico voler limitare solo e proprio alle prime la possibilità dell'intervento riduttivo del giudice.

patrimoniali delle parti⁵¹. Oltretutto, nulla impedisce di configurare un esercizio del potere giudiziale di riduzione anche in un momento successivo all'avvenuto pagamento della somma eccessiva⁵², e così di legittimare alla fine pure in questo ambito, almeno parzialmente, quell'azione di ripetizione che parrebbe invero il rimedio civilistico più efficace, fermi restando naturalmente anche quelli di carattere risarcitorio, laddove ne sussistano i presupposti, ad esempio a fronte di pratiche commerciali scorrette⁵³. Nel complesso, dunque, si potrebbe prospettare, pure in questo ben più rilevante ambito, al giocatore/debitore vulnerabile una panoplia di strumenti anche recuperatori, capaci di garantire una tutela davvero effettiva, determinando così un effetto di complessivo riequilibrio a livello sistematico.

⁵¹ M. PARADISO, *op. cit.*, p. 54, individua tra i criteri comunemente accettati per il sindacato di eccessività delle poste: "condizioni economiche delle parti, natura e tipo di gioco, spese e sforzo affrontati, consuetudini".

⁵² Nella sistematica del *Code Napoléon* e del Codice Pisanelli il divieto di ripetizione era stabilito congiuntamente per entrambe le ipotesi delle obbligazioni naturali, nascenti da giochi solo tollerati e non muniti di azione, e di quelle civili da competizioni agnostiche, invece munite di azione ancorché nei limiti del controllo giudiziale sull'eccessività della posta, per cui le impostazioni più risalenti hanno continuato tralattivamente ad escludere la possibilità di ottenere ex art. 1934, comma 2, c.c. la restituzione di quanto già pagato (E. VALSECCHI, *op. cit.*, p. 85; C.A. FUNAIOLI, *op. cit.*, p. 165). La dottrina più moderna, invece, alla luce del mutato dettato codicistico, in cui il divieto di ripetizione è sancito per l'ambito del solo art. 1933 c.c., ammette tale possibilità, facendo applicazione dei generali principi in tema di nullità parziale ed eterointegrazione del contratto, ex artt. 1419 e 1339 c.c., rispetto ai quali non ha rilevanza che la questione sia sollevata in via di azione o di eccezione, e mette inoltre in evidenza come diversamente opinando si ridurrebbero eccessivamente le concrete possibilità di tutela del perdente, che nell'ambiente del gioco ha ben poche *chances* di sottrarsi effettivamente al pagamento nell'immediatezza (M. PARADISO, *op. cit.*, pp. 50-54).

⁵³ Più arduo ci sembra ipotizzare ulteriori profili di rilevanza civilistica della violazione delle regole poste dalle recenti discipline di contrasto al gioco d'azzardo. Invero, ferma restando naturalmente l'applicazione delle previste sanzioni amministrative, la carenza degli avvertimenti e delle informazioni prescritte può a nostro avviso sussumersi in un lato concetto di frode, essere dunque valorizzata ai fini del potere riduttivo del giudice, e se del caso considerata ai fini di una valutazione in termini di pratiche commerciali scorrette, ma non ci sentiremmo di qualificarla anche come causa di una inesistenza da mancato perfezionamento del contratto inteso come reale (cfr. A. NICOLUSSI, *op. cit.*, pp. 18-20). E ciò non tanto e non solo alla luce della ben nota distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, distinzione che è peraltro controvertibile (cfr., per tutti, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013), ma piuttosto in ragione del carattere assoluto di una siffatta inesistenza, che finirebbe per travolgere il rapporto in ogni caso, e sarebbe dunque invocabile anche dallo Stato o dal concessionario autorizzato pure in quello di vincita da parte del giocatore, esito che riterremmo inaccettabile ed asistemico, mentre l'ipotizzata estensione della riduzione giudiziale, in quanto funzionale ad impedire le perdite rovinose ma non le vincite di premi esorbitanti (cfr. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 56), si presta molto meglio ad una valutazione che distingua in concreto, con un approccio effettivamente protettivo proprio in quanto unidirezionale.

