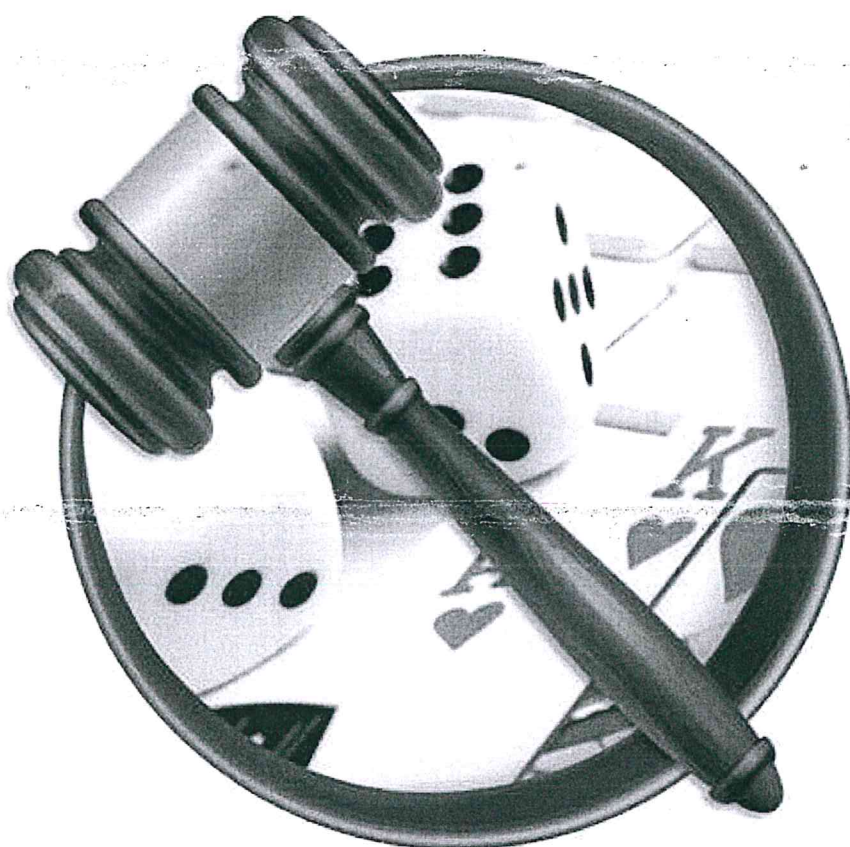


Giochi e scommesse sotto la lente del giurista

a cura di Pasquale Costanzo



Giochi e scommesse sotto la lente del giurista

a cura di Pasquale Costanzo

 **GENOVA
UNIVERSITY
PRESS**



è il marchio editoriale dell'Università degli Studi di Genova



Il presente volume è stato sottoposto a double blinded peer-review secondo i criteri stabiliti dal protocollo UPI.

© 2021 GUP

I contenuti del presente volume sono pubblicati con la licenza
Creative commons 4.0 International Attribution-NonCommercial-ShareAlike.



Alcuni diritti sono riservati.

Realizzazione Editoriale
GENOVA UNIVERSITY PRESS
Via Balbi, 6 - 16126 Genova
Tel. 010 20951558 - Fax 010 20951552
e-mail: gup@unige.it
<http://gup.unige.it>

ISBN: 978-88-3618-055-4 (versione stampa)

ISBN: 978-88-3618-056-1 (versione eBook)

Pubblicato febbraio 2021



Stampato presso il
Centro Stampa
Università degli Studi di Genova - Via Balbi 5, 16126 Genova
e-mail: centrostampa@unige.it

MAURO GRONDONA

DEBITI DI GIOCO E QUESTIONI RESTITUTORIE

SOMMARIO: 1. La fattispecie – 2. Il fondamento della non ripetibilità dei debiti di gioco – 3. I presupposti di operatività della *soluti retentio*: I) la regolarità del gioco – 4. *Segue*. II) La spontaneità del pagamento – 5. *Segue*. III) La capacità del *solvens* – 6. *Segue*. IV) Il pagamento effettuato dopo l'esito del gioco.

1. La fattispecie

Lo scopo di queste pagine è molto circoscritto. Tenuto conto dell'impostazione interdisciplinare del convegno e confidando di riuscire a rivolgermi a una platea più ampia di quella, per noi classica, dei soli giuristi, cerco di passare cursoriamente in rassegna almeno i principali problemi e le maggiormente consolidate soluzioni rispetto alla fattispecie disciplinata all'art. 1933 c.c., ovvero il pagamento dei debiti di gioco.

Il testo della disposizione è il seguente e conviene riferirlo per intero, a beneficio in particolare dei non giuristi: «Non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti. Il perdente tuttavia non può ripetere quanto abbia spontaneamente pagato dopo l'esito di un giuoco o di una scommessa in cui non vi sia stata alcuna frode. La ripetizione è ammessa in ogni caso se il perdente è un incapace».

Come subito si evince, questa norma non si occupa di definire le caratteristiche del contratto di gioco (una contrattualità che è stata anche messa in dubbio e sulla quale comunque qui non ci intratterremo), ma si occupa delle conseguenze giuridiche che gravano in capo al soggetto che ha giocato e ha perso. Da questo punto di vista, i due commi di cui la norma è composta sono strettamente connessi perché individuano, da un lato, i presupposti dell'efficacia del pagamento del debito di gioco, e, dall'altro, il quadro rimediale a partire dal quale il giocatore perdente può contrastare la contraria pretesa del vincitore onde ottenere la posta.

Le regole giuridiche contenute nell'art. 1933 (in combinato disposto con l'art. 2034, sul quale verrò a breve) sono particolarmente opportune perché ci danno uno scheletro normativo che poi, nel corso degli anni, e anzi dei decenni (ma qui il riferimento è al periodo a noi assai vicino e ancora in corso di evoluzione), è stato arricchito da una 'polpa giuridica' che ha trovato la propria ragion d'essere nei tanti, troppi aspetti patologici riferibili alla dimensione ludica. E non è dunque un caso che lo studio si sia meritoriamente concentrato anche su di essi. Mi

riferisco, in particolare (ma l'osservazione sconta la fatica dell'ovvio), alla sempre più diffusa dimensione patologica del gioco, da cui, spesso, gravi conseguenze di carattere economico. Da questo punto di vista, il quadro normativo è ormai assai ampio, perché esso bensì parte dalla considerazione del gioco quale attività sociale (e in questo senso non solo genericamente rilevante, in chiave giuridica, cioè non vietata; anzi, a determinate condizioni, produttiva di effetti giuridici), ma poi si occupa (tanto in chiave euro-unitaria quanto nazionale) della tutela giuridica e assistenziale dei giocatori, della prevenzione dei fenomeni usurari, della prevenzione di forme di riciclaggio bancario e finanziario: tutti aspetti che dovrebbero essere coordinati al meglio onde realizzare un sistema efficace di protezione del disturbo da gioco¹.

Torniamo allora alla nostra fattispecie disciplinata, appunto, da un lato, dall'art. 1933 c.c., e, dall'altro lato, dall'art. 2034², che recita: «Non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace.

I doveri indicati dal comma precedente, e ogni altro per cui la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato, non producono altri effetti».

La relazione tra le due norme è di genere a specie, nel senso che l'art. 2034 è la norma generale dedicata alle obbligazioni naturali e l'art. 1933 è norma speciale, che si occupa di un caso particolare di obbligazione naturale, appunto il pagamento del debito di gioco.

Le regole che ne derivano sono le seguenti: il pagamento del debito di gioco va qualificato come obbligazione naturale, di talché il creditore non ha azione per pretendere il pagamento. Tuttavia, se vi è stato pagamento, l'adempimento spontaneo del debitore ne esclude la ripetibilità, sempre che il gioco (o la scommessa, ma qui noi ci soffermiamo soltanto sul gioco) non sia stato connotato da

¹ A queste tematiche, infatti, e nella prospettiva civilistica, è dedicato il recente volume di C. IURILLI, *I contratti di gioco e scommessa all'epoca del disturbo da gioco*, San Giuliano Milanese (MI), 2020. Le parole di cui al testo si leggono, quasi alla lettera, a 9.

² Per un inquadramento generale v. E. MOSCATI, voce «Gioco e scommessa», in *Digesto IV ed.*, sez. civ., vol. IX, Torino, 1993, 11 ss. (con ampia bibl.), il quale sottolinea significativamente come il nostro legislatore, «rifiutando un giudizio di valore uniforme» abbia «assunto un atteggiamento sereno ed equilibrato che si può riassumere nella formula della "neutralità del gioco". Infatti, si è reiteratamente affermato in dottrina che il gioco, per essere una manifestazione dello spirito "che sta al di là della distinzione di bene e male", sfugge di per sé anche da punto di vista giuridico ad ogni valutazione in termini di moralità o di immoralità. Ciò spiega anche perché alla mancanza di una proibizione assoluta ed indiscriminata non corrisponda negli ordinamenti moderni una tutela altrettanto generalizzata. In sostanza, di fronte alla zona grigia dei giochi non espressamente tutelati il legislatore ha evitato di farsi coinvolgere in quel clima di acre moralismo che all'epoca del codice del 1865 aveva indotto una parte della dottrina a chiedere che si vietassero gli stessi giochi di borsa (cc.dd. contratti differenziali) e che talvolta riaffiora nella giurisprudenza più recente» (20-21).

una frode del vincitore a danno del debitore perdente: in quest'ultima ipotesi, infatti, il pagamento sarà allora ripetibile. Inoltre, la ripetizione di quanto pagato è sempre ammessa nell'ipotesi in cui il soggetto che ha pagato fosse incapace di intendere e di volere.

Come detto, gli effetti della nostra fattispecie trovano il loro presupposto nell'art. 2034 c.c., appunto in materia di obbligazioni naturali: a tenore della disposizione citata, infatti, non è ammessa la ripetizione di quanto sia stato spontaneamente pagato in esecuzione di doveri morali e sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un soggetto incapace.

L'art. 1933 ricostruisce dunque i debiti di gioco come obbligazioni naturali e per esse prevede la duplice regola della non azionabilità (*denegatio actionis*) del diritto da parte del vincitore e della irripetibilità (*soluti retentio*) di quanto spontaneamente pagato dal perdente capace³.

Il tema del gioco è considerato uno degli argomenti più ambigui e sfuggenti dell'intera fenomenologia giuridica⁴, e in dottrina è stato osservato come la disciplina così scarna del gioco (e della scommessa) affidata a sole tre disposizioni appaia essere «la conferma della sensazione allo stato diffuso di trovarsi di fronte ad un settore del diritto privato di importanza sempre più marginale»⁵. E tuttavia questa prima impressione non sarebbe corretta, «poiché la materia dei giochi si presenta tuttora straordinariamente viva e ricca di suggestioni. E ciò non soltanto per la constatazione fin troppo ovvia che la rilevanza del gioco trascende il mondo del diritto trattandosi di un fenomeno che affonda le sue radici nella stessa natura umana. Soprattutto la variabilità quasi istituzionale nei giudizi di valore sul giuoco ha contribuito non poco a tenere desta l'attenzione degli studiosi. Per questa continua alternanza di aperture e di divieti si può ben dire che la problematica del gioco e della scommessa costituisca un classico *leitmotiv* della storia giuridica»⁶.

Così chiarito nelle sue linee essenziali il contenuto positivo della disciplina, approfondiamo ora gli aspetti già richiamati.

³ A. LASSO, sub art. 1933, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, Libro quarto - Delle obbligazioni (artt. 1173-2059), t. II (artt. 1537-2059), Napoli, 2010, 2284.

⁴ Così ancora A. LASSO, sub art. 1933, cit., 2283, ove rife.

⁵ E. MOSCATI, *Il giuoco e la scommessa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 13, *Obbligazioni e contratti*, t. V, 2^a ed., Milanofiori Assago (MI), 2007, 121-122 (con ampia bibl.).

⁶ E. MOSCATI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., 123-126. V. ora C. IURILLI, *I contratti di gioco*, cit., 6, il quale sottolinea giustamente come, appunto all'interno di un settore, quale quello dei giochi, oggi più che mai connotato in senso contrattuale e commerciale, il fenomeno 'gioco o scommessa' vada analizzato anche in correlazione con gli effetti giuridici e patologico-clinici (D.G.A.) di esso, sui quali infatti il presente volume si sofferma.

2. Il fondamento della non ripetibilità dei debiti di gioco

Sulla base di quanto fin qui osservato, non è dubbio che il fondamento della non ripetibilità dei debiti di gioco stia nel fatto che questi ultimi vanno qualificati appunto in termini di obbligazioni naturali.

Al centro della questione sta evidentemente il fondamento causale dell'attribuzione, e quindi si tratta di capire sia perché il vincitore non possa agire in giudizio contro il perdente, sia perché il pagamento effettuato dal perdente non possa essere chiesto indietro.

Da questo punto di vista, se andiamo alla sempre utile Relazione al codice civile, è pacifico che essa qualifichi il pagamento del debito di gioco quale adempimento di una obbligazione naturale⁷.

A tale rilievo vanno però aggiunte alcune ulteriori considerazioni: da un lato, come del resto si è già riferito, c'è una diffusa prassi sociale che considera moralmente dovuto il pagamento dei debiti di gioco; dall'altro lato, vi è la circostanza – questa volta strettamente normativa – della corrispondenza, come infatti si è detto in apertura, tra gli artt. 1933 e 2034⁸, tenuto in particolare conto della diversa formulazione dell'art. 1933 rispetto al corrispondente art. 1804 del codice previgente. In particolare, è stato eliminato il requisito della volontarietà dell'adempimento ed è stato inserito l'avverbio 'spontaneamente': «Aver centrato l'attenzione sull'elemento della spontaneità in luogo della volontarietà (interpretato per lo più come sinonimo di scienza della coercibilità) rendeva irrilevante che il perdente pagante fosse o meno a conoscenza dell'incoercibilità dell'obbligo, poiché l'unica doverosità che contava davvero era quella promanante dal foro interno»⁹.

Siamo così perfettamente all'interno dell'obbligazione naturale: i due gio-

⁷ Sulla quale richiama l'attenzione L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*. Artt. 1933-1935, in *Il Codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2018, 30; ivi si precisa, poi, sulla base di alcune opinioni dottrinali, che questa spiegazione si è progressivamente affermata come la più soddisfacente proprio in ragione del fatto che, nei rapporti di gioco, il diritto dovrebbe entrare il meno possibile, posto che regole del gioco e regole tra i giocatori, e in particolare la lealtà tra di essi, derivano da una esigenza comunemente sentita e liberamente accettata. Chi entra in un gioco, infatti, ne accetta tanto le regole strutturali quanto quelle funzionali, che non hanno fonte nel diritto ma in un misto tra l'esigenza pratica (che rimanda al gioco quale organizzazione e dunque quale struttura) e l'esigenza funzionale, onde prevedere i comportamenti dei soggetti interessati nel momento in cui il gioco sia finito. Da questo punto di vista non pare in effetti dubbio che la materia sia nelle mani di una coscienza sociale che, nel momento in cui ammetta – come ammette – il gioco, poi al contempo lo presidia in modo da non disincentivarne la sua possibilità di reiterazione; cosa che invece non avverrebbe, se le conseguenze del gioco (ovvero di certi giochi, che prevedono una posta in palio, spettante al vincitore) fossero lasciate al sentimento di giustizia individuale dei partecipanti al gioco.

⁸ L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 31.

⁹ L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 31.

catori (dei quali l'uno sarà il vincitore e l'altro il perdente) sono legati da un rapporto (di gioco o scommessa) astrattamente idoneo a costituire la fonte di un rapporto obbligatorio, «ma a cui il legislatore accorda una diversa e minore rilevanza, cristallizzata nella *soluti retentio*, spia di una considerazione dell'obbligazione naturale (e del gioco) come conforme ai principi ed alle regole su cui si regge la società civile»¹⁰.

È esattamente qui che interviene quella forma di coazione sociale che impone il pagamento del debito di gioco, appunto nell'idea che la forza e la ragione del vincolo non nascono dalla legge ma dalla coscienza sociale. I dubbi che sono stati avanzati (e sui quali verrò *infra*) circa la possibilità di includere i debiti di gioco fra le obbligazioni naturali riguardavano infatti «la stessa moralità del dovere, e cioè la possibilità di considerare l'obbligo del perdente come un dovere a lui imposto dalla morale sociale. A questo proposito sembra opportuno richiamare quella fondamentale esigenza della giustizia distributiva e del *sum cuiusque tribuere* (che peraltro verso può non essere in ogni caso idonea a caratterizzare le obbligazioni naturali), ed osservare che se il giocatore era libero di porre in essere quel rapporto, e lo ha posto in essere nella speranza di ricavare un determinato vantaggio (vincita), allorché egli rimane soccombente, è giusto e doveroso che paghi, per la stessa ragione per cui egli avrebbe preteso il premio se avesse vinto. È questa la ragione per cui comunemente, e persino da chi considera il giuoco in sé riprovevole (il che non è), si ritiene che esista un dovere morale del perdente di adempiere e si precisa che quand'anche fosse riprovevole giuocare, ancora più riprovevole sarebbe non pagare quanto si è perso, il che equivale ad escludere la stessa illiceità del giuoco di interesse ed a limitarsi ad una generica riprovazione (e cioè, lo si ripete, a considerarlo solo come cosa non encomiabile e non meritevole di incoraggiamento) ed è a ritenere per altro verso lo stesso fonte di una obbligazione naturale»¹¹.

Nell'ottica dell'obbligazione naturale, e dunque della doverosità sociale di taluni comportamenti, possiamo dire che il pagamento del debito di gioco esprime un elemento di stabilità sociale, in relazione alla diffusione del fenomeno ludico, e al di là degli aspetti patologici sui quali questi studi hanno meritoriamente appuntato l'attenzione¹². Una doverosità sociale che quindi esprime una positività sociale del gioco, altrimenti incomprensibile¹³.

¹⁰ L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 31.

¹¹ L. BUTTARO, *Giuoco e scommessa*, nel *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca (art. 1933-1935), Bologna-Roma, 1978, 142.

¹² Cfr. ancora C. IURILLI, *I contratti di gioco e scommessa*, cit.

¹³ Si è infatti rilevato che il gioco «costituisce una categoria a sé, fondata sopra un momento universale dell'attività umana dello spirito, irriducibile e autonoma rispetto ad ogni altra, né più né meno come autonome sono le categorie di diritto, dell'arte, della religione ecc. [...] Sotto il profilo naturalistico, il giuoco è un fatto istintivo, un bisogno comune alla generalità degli individui, che per essere a

Ma proprio su questo aspetto si sono appuntate le critiche di coloro i quali, invero nel passato, escludevano che il debito di gioco potesse essere ricondotto al *genus* delle obbligazioni naturali: costoro, movendo dalla immoralità del gioco, assegnavano al congegno della irripetibilità della prestazione una funzione sanzionatoria alla luce del principio dell'*in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*¹⁴.

In questa chiave è allora significativo quanto fu rilevato da uno dei primi commentatori dell'art. 1933: partendo infatti dalla «buona logica del diritto romano», che stabiliva il principio che il gioco è un negozio illecito, da cui la nullità dell'obbligazione, «e, come conseguenza, il diritto del perdente di non pagare la posta e quello di ottenerne la restituzione nel caso che l'avesse versata», veniva rilevato come si dovesse «all'innegabile inclinazione della natura umana al giuoco la sua resistenza al disfavore della legge»¹⁵. Ecco che allora, al difetto di un'azione giudiziale per conseguire la posta da parte del vincitore, si sostituì pian piano un'azione morale: al debito legale il debito d'onore¹⁶, donde l'ingresso

contenuto giocoso, costituisce il rovescio della attività seria e impegnativa propria del lavoro»: così E. VALSECCHI, *Giuoco e scommessa. Transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XXXVII, t. 2, Milano, 1954, 4-5.

¹⁴ L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 27.

¹⁵ Così M. D'AMELIO, *Del giuoco e della scommessa* (artt. 1933-1935), in *Codice civile. Commentario* diretto da M. d'Amelio ed E. Finzi, 'Libro delle obbligazioni', vol. II, parte II ('Dei contratti speciali'), Firenze, 1949, 365.

¹⁶ Parole ancora di M. D'AMELIO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., il quale così prosegue, assai significativamente: «Il debito di giuoco parve sacro e mentre un debitore poteva meritare indulgenza se tentava di sottrarsi a quelli di qualsiasi altra natura, compresi, per esempio, quelli alimentari o quelli d'imposta, non parve possibile non soddisfacesse quelli di giuoco per l'onta che gliene sarebbe derivata e il grave pregiudizio alla sua dignità personale. Si sono affrontati, perciò, gravissimi sacrifici per l'adempimento dei debiti di giuoco e, non rare volte, quando non si è potuto pagare col denaro si è pagato con la vita. Tale sentimento è stato così generale e robusto che si è giunti ad affermare che la legge non ha concesso un'azione per i pagamenti dei debiti di giuoco per la semplice ragione che non ve ne era bisogno, bastando la sanzione dell'opinione pubblica. Non azione, dunque, per il pagamento. Ma se il pagamento avesse avuto luogo spontaneamente vi era una azione per ripeterne la restituzione? Alcune legislazioni non contenevano una esplicita norma a tal proposito. Nel silenzio agirono il costume e la giurisprudenza. Si ammise che l'adempimento era il riconoscimento di un'obbligazione naturale, la quale se non è protetta da un'azione, è soccorsa da un'eccezione. È la teoria ancora oggi prevalente. Si afferma, in sostanza, che il giuoco è un negozio giuridico come un altro, che quando è condotto con lealtà e secondo le norme prestabilite, genera un'obbligazione, di cui se per ragioni di carattere sociale non può chiedersi l'adempimento a mezzo del giudice, non si può disconoscere l'esistenza. Ora se il debitore sente la responsabilità e compie il proprio dovere, l'obbligazione ha il suo normale svolgimento ed esecuzione. In tal modo, oggi dopo l'abrogazione dell'art. 1830 del codice civile del 1865, l'obbligazione nascente dal giuoco sarebbe l'unica obbligazione naturale disciplinata dal codice. Storicamente la tesi non è sostenibile. L'odierna disposizione dell'art. 1933, attraverso la disposizione dell'art. 1802 del codice del 1865, non è che la riproduzione dell'art. 1965 del codice francese. I lavori preparatori di detto codice mostrano che l'intenzione del legislatore fu precipuamente quella che in *turpi causa melior causa possidentis*, e nulla fa ritenere che abbia invece fatta applicazione del principio accolto nell'art.

in campo dell'obbligazione naturale, che era però l'altra faccia della diffusione sociale del gioco, nonché della sua intrinseca moralità, altrimenti il gioco (quale fenomenologia sociale) sarebbe andato incontro a una repressione sociale che invece mancava e manca.

In dottrina sono stati del resto prontamente richiamati gli aspetti che non soddisfano, nella ricostruzione orientata a vedere nella *soluti retentio* un'applicazione dell'*in pari causa turpitudinis*, e si è in particolare affermato che tale ricostruzione, partendo da una fattispecie che a monte ha un contratto immorale, e perciò nullo, semplificava bensì il rapporto tra contratto di gioco e *soluti retentio*, ma scontava una precomprensione (pur significativa, se ad esempio la ritroviamo appunto in uno scrittore del calibro di Mariano D'Amelio) priva di riscontri nel dato positivo, e per di più imbevuta dell'idea per cui il gioco è un'attività che tanto la morale quanto il diritto condannano¹⁷. Ma ciò non basta, poiché è stato altresì notato come la nozione comunemente accolta di buon costume non possa essere traslata sulla fenomenologia del gioco, «la cui intrinseca natura certo non muta nei casi in cui l'obbligazione sia munita di azione»¹⁸. Del resto, e in senso più generale, si è osservato che se il legislatore avesse voluto proibire il gioco come tale avrebbe dovuto ricorrere ad altri strumenti, dichiarando nullo il contratto di gioco, così chiudendo *in radice* il discorso¹⁹.

Nelle ricostruzioni della dottrina si è poi anche sottolineato, peraltro, come la disciplina in parola semplicemente esprima un disinteresse del legislatore rispetto alla neutralità del gioco²⁰: di talché il legislatore rimarrebbe sulla porta, limitandosi a guardare ciò che accade, prendendo atto, a volte, che il perdente non ha pagato, e non imponendogli allora di pagare e, altre volte, che il perdente ha spontaneamente pagato, e non imponendo al vincitore alcuna obbligazione restitutoria. Ecco perché si è a volte ritenuto preferibile ricorrere, più che all'espressione 'obbligazione naturale', a quella di 'debito d'onore', senza che quest'ultima sia connotata da alcun significato che voglia entrare nella sfera dell'onorabilità, tenendo appunto conto che parlare di debito d'onore, o comunque impiegare espressioni in cui sia presente il termine 'onore', può dar vita a ambiguità, nel momento in cui si guardi, storicamente, ai rimedi sociali e giuridici cui si è fatto ricorso onde 'lavar l'onta'.

Ma non è questo il nostro contesto: qui si tratta semplicemente di ribadire che il gioco ha proprie regole strutturali e funzionali che sono nate spontaneamente

1235 dello stesso codice: la ripetizione non è ammessa nei riguardi delle obbligazioni naturali, che sieno state volontariamente eseguite» (366-367).

¹⁷ Così infatti L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 28, ricostruendo il dibattito incentrato su debito di gioco e principio dell'*in pari causa turpitudinis*.

¹⁸ L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 29.

¹⁹ Cfr. ancora L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 29.

²⁰ Per rinf. si v. di nuovo L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 33.

sulla base di determinate prassi sociali²¹, e dunque il conformarsi a esse, per chi assuma lo *status* di giocatore, è un dovere intrinseco al contesto ludico, senza che ciò debba assumere un connotato etico-morale in senso forte. Di fronte a un fatto socialmente significativo, ma, per così dire, del tutto capace di badare a se stesso²² (almeno fino a quando non intervengano circostanze patologiche),

²¹ Cfr. E. VALSECCHI, *Gioco e scommessa*, cit., 7: «Chiarita la natura del fenomeno, colla dimostrazione delle sue caratteristiche essenziali consistenti nella sua non utilitarietà, nel momento agonistico, nel rigoroso tecnicismo delle sue regole, ne resta provata in modo sicuro, la sua irrilevanza giuridica. Per la dimostrazione di questo assunto potrebbero bastare le osservazioni fatte che mettono in luce di questo fatto extragiuridico: a) la funzione, mirante ad esprimere una gerarchia di valori limitati al suo ambito, e che rivolta al fine essenziale di procurare diletto, palesa la sua inutilità in senso economico; b) la struttura, che consiste e deve configurarsi come una competizione a parti contrapposte. Tale configurazione si completa e si compenetra nella rigidità e inderogabilità delle regole del giuoco, che costituiscono di esso l'elemento costruttivo».

²² Su questi aspetti v. in particolare L. BUTTIARO, *Gioco e scommessa*, cit., 15-17: «La competizione, la partita o la gara si svolge [...] secondo determinate regole: alcune di queste (in un certo senso le meno importanti) servono unicamente a risolvere problemi di natura tecnica, e cioè indicano al giocatore la maniera in cui si deve comportare in determinate circostanze per poter conseguire il risultato voluto. Ve ne sono però altre che hanno un vero e proprio contenuto precettivo e che sono dirette a disciplinare i rapporti intercorrenti fra i giocatori, i quali al momento di scendere in pista o di sedere al tavolo da giuoco, le hanno liberamente accettate e si sono impegnate a rispettarle. Il complesso delle regole che disciplina la comunità dei giocatori (la quale può sotto questo profilo essere considerata come una comunità organizzata) costituisce il c.d. ordinamento ludico o sportivo; è questo un ordinamento autonomo e completo, ma, pur avendo natura e contenuto precettivo, non è un ordinamento giuridico, in quanto non forma oggetto di una apposita regolamentazione legislativa e non è di per sé rilevante per il diritto. Ogni qual volta la partita o la gara presenta un qualche interesse per il diritto, e cioè quando dal suo esito dipende il sorgere o l'estinguersi di determinate obbligazioni patrimoniali, accade perciò che i giocatori accanto alle norme giuridiche siano assoggettati anche alle regole del gioco: di qui la necessità di determinare la relazione intercorrente fra ordinamento ludico ed ordinamento giuridico, e proprio perché quelle regole non sono esclusivamente tecniche, ma hanno anch'esse un contenuto precettivo. Si deve al riguardo innanzitutto escludere che esse si trasformino in norme giuridiche sol perché il giuoco acquista rilevanza per il diritto. Si tratta infatti pur sempre di regole il cui contenuto precettivo è destinato ad esplicarsi ed esaurirsi nell'ambito dell'ordinamento ludico o sportivo e né il rinvio ad esse, contenuto nell'art. 1933 e nell'inciso "in cui non vi sia stata alcuna frode", né la circostanza che il giuoco è fonte di determinate obbligazioni patrimoniali è sufficiente a modificarne la natura. Non si può d'altro canto neppure sostenere che, a causa dell'auto[n]o[m]ia dell'ordinamento ludico, il giudice non deve sindacare lo svolgimento della gara e non deve pronunciarsi sull'esito di questa, anche se ai soli effetti di determinare se si è verificata la condizione cui è subordinato il sorgere dell'obbligazione del perdente. E per vero tanto se si considera l'ipotesi espressamente prevista nell'art. 1933, agli effetti di consentire la ripetizione della prestazione spontaneamente eseguita, quanto se si ha riguardo all'obbligazione sorgente da un giuoco pienamente tutelato, si deve riconoscere che il giudice, per potere applicare la norma, deve prima accertare se ricorrono le condizioni per la sua applicabilità, e cioè egli deve proprio sindacare lo svolgimento e l'esito della gara. Ora il fatto che le regole, che disciplinano i rapporti fra giocatori, facciano parte di uno speciale ordinamento non giuridico (come tale sottratto alla sua diretta potestà regolatrice) non può costituire un ostacolo, un limite alla sua indagine ogni qual volta queste regole non vengano considerate in se stesse, ma come condizione per l'applicabilità di una norma giuridica, per la stessa ragione per cui nel determinare le obbligazioni dell'appaltatore o del medico il giudice ben

l'ordinamento si defila, trattandosi di «una vicenda tutto sommato periferica, economicamente inutile e moralmente neutra, e per la quale non ritiene valga la pena attivare la dispendiosa macchina dell'esecuzione forzata»²³.

3. I presupposti di operatività della *soluti retentio*: I) la regolarità del gioco

In base a quanto fin qui già osservato, il pagamento del debito di gioco non è del tutto privo di conseguenze giuridiche, posto che tale atto negoziale (lasciamo sullo sfondo, come detto, la questione della natura contrattuale o meno di esso), «costituendo, in unione con altri elementi tali da creare una fattispecie complessa, giusta causa per un'attribuzione patrimoniale [...] [,] determin[a] la irripetibilità di quanto sia stato prestato in attuazione del contratto: tale fenomeno è detto comunemente *soluti retentio*»²⁴.

Affinché l'effetto si verifichi devono essere integrati quattro elementi, in base alla previsione dell'art. 1933, comma 2: la regolarità del gioco e dunque l'assenza di frode; la spontaneità del pagamento; la capacità del *solvens*; la posteriorità del pagamento all'esito del gioco.

Con un cenno nuovamente al tema qualificatorio del pagamento del debito di gioco, non si è mancato di notare che la regola richiamata, riferendosi tre volte su quattro al pagamento, parrebbe accordare rilevanza autonoma al negozio di adempimento, e ciò andrebbe appunto letto in senso conforme alla qualificazione del debito di gioco nei termini di una obbligazione naturale²⁵.

Ma procediamo a questo punto all'esame di ciascun presupposto di operatività della *soluti retentio*.

Con riguardo alla regolarità del gioco, e dunque all'assenza di frode, tale requisito ha ricevuto diverse letture. Da una parte si è osservato come l'ipotesi di frode distrugga l'esistenza di una obbligazione naturale. Se il gioco è il presupposto di fatto della irripetibilità di quanto pagato, ciò significa che debbono essere rigorosamente osservate le regole tecniche del gioco, e dunque il gioco deve essere condotto con onestà: non si ha irripetibilità del pagamento se si è

può e deve valutare il comportamento di costoro alla luce delle regole e dei principî vigenti nelle relative discipline, senza che alcun ostacolo si fraponga alla sua indagine [...]».

²³ L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 34.

²⁴ AND. GENTILI, *Il contratto di giuoco e la scommessa*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coord. da A. Zoppini, vol. III, *Obbligazioni. III, I contratti*, Milano, 2009, 1034.

²⁵ L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 79. L'Autrice osserva inoltre: «Il pur scarno schema codicistico, volgendo un occhio all'autoregolamento e l'altro all'adempimento, detta in realtà una disciplina inedita oltre che esclusiva, non completamente sovrapponibile a quella recata dall'art. 2034 c.c. (ove infatti manca ogni rinvio alla pregressa relazione fra debitore e creditore naturali); e così rafforza, sul piano del diritto positivo, l'immagine del gioco giuridico che si è fin qui tentato di restituire nei termini di una strettissima "specialità"».

imbrogliato o barato al gioco, o se si è tratta in inganno la controparte sulla propria abilità o capacità di giocatore²⁶. È quindi sempre e solo la correttezza e la lealtà del vincitore ad essere rilevante ai fini della ripetibilità della prestazione²⁷. Il termine frode, di cui parla l'articolo in esame, va inteso in senso ampio, e va quindi riferito a ogni slealtà e scorrettezza del vincitore. La prestazione sarà allora ripetibile non solo quando la vincita è stata conseguita barando, «e cioè modificando artatamente a proprio favore il corso della fortuna»²⁸, ma appunto anche quando il vincitore abbia tratto in inganno la controparte sulla propria capacità e abilità di giocatore²⁹.

Il riferimento alla correttezza tecnica del gioco «è denso di significato a livello di sistema», proprio perché il richiamo implicito alle regole del gioco indica che il legislatore si è rimesso a norme di un ordinamento non statutale per quanto riguarda la regolarità del gioco stesso³⁰.

L'onestà nel gioco è stata considerata elemento singolare: dal punto di vista giuridico, non è dubbio che la disonestà dei giocatori è riconducibile al dolo di essi; dal punto di vista extra-giuridico (ma si tratta di un punto di vista extra-giuridico destinato a assumere giuridica rilevanza), onestà significa rigida osservanza

²⁶ Così C.A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. IX, t. II, fasc. 1°, Torino, 1961 (3ª ed. riv. ampl.), 188.

²⁷ Così L. BUTTARO, *Giuoco e scommessa*, cit., 142, il quale così prosegue: «E per vero, se un giocatore, pur essendo ricorso ad irregolarità o ad imbrogli, è cionondimeno rimasto soccombente ed ha successivamente adempiuta la prestazione pattuita, egli non potrà poi sperare di trarre alcun vantaggio dalla sua slealtà e scorrettezza e certo l'ordinamento giuridico non potrà premiarlo per questo suo comportamento, e ciò tanto se si ha riguardo ai principi generali del diritto, quanto se si ritiene [...] che la prestazione è ripetibile solo nel caso in cui le frodi e gli imbrogli sono stati scoperti dopo la sua esecuzione» (142-143).

²⁸ L. BUTTARO, *Giuoco e scommessa*, cit., 143.

²⁹ L. BUTTARO, *Giuoco e scommessa*, cit., 143.

³⁰ Così E. MOSCATI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., 149, il quale precisa: «Tuttavia, non si tratta di un rinvio recettizio all'ordinamento dei giochi, come averrebbe invece se la norma extrastatuale venisse fatta propria dall'ordinamento statutale. Per quest'ultimo le regole del gioco assolvono alla funzione ben più modesta di parametro per la valutazione che "non vi sia stata alcuna frode" da parte dei giocatori. Entro tali limiti si può senz'altro ammettere una rilevanza dell'ordinamento extrastatuale. Poiché la disciplina del rapporto è abbandonata interamente al diritto dei privati, qualora non vengano osservate le regole del gioco non si potrà parlare di doverosità morale o sociale dell'adempimento del debito di gioco. Conseguentemente, mancando una *cause suffisante* dell'attribuzione a favore del vincitore, l'ordinamento statutale non ritiene di concedere nemmeno quel minimo di tutela che si sostanzia nell'irripetibilità della prestazione. Il momento in cui interviene questa tutela consente di chiarire ulteriormente la portata dell'affermazione della rilevanza dell'ordinamento dei giochi per il diritto positivo. Limitandosi a tenere fermo l'avvenuto adempimento del debito di gioco, l'ordinamento statutale mostra di aver considerato l'attuazione della norma extrastatuale alla stregua di un mero presupposto di fatto per la produzione dell'"effetto" giuridico della *soluti retentio*. È, questa, la riprova che il legislatore ha inteso procedere soltanto, per dirla con Santi Romano, ad "un riconoscimento indiretto del diritto dei privati"» (pp. 149-152).

delle regole del gioco: tale dovere di osservanza non integra, tuttavia, una obbligazione in senso tecnico, ma un presupposto di fatto del negozio stesso, nel senso che l'obbligazione potrà nascere e il negozio essere valido solo se vi sia stato il rispetto di tali regole³¹.

Secondo l'opinione del tutto prevalente rileverebbe solo la frode proveniente dal vincitore – e in questo senso è stata ritenuta più esatta la formulazione dell'art. 1804 del 1865, che espressamente prevedeva l'irripetibilità della prestazione a condizione che non vi fossero stati frode o dolo da parte del vincitore –; con la conseguenza che il perdente che abbia pagato ma sia stato scorretto non potrà avvalersi della propria scorrettezza a fondamento della ripeteribilità della posta, sulla base del principio *nemo auditur suam turpitudinem allegans*³².

Inoltre, è altresì pacifico che il concetto di frode debba essere inteso nel senso più ampio, «e dunque comprensiva di ogni *machinatio* o irregolarità artificialmente creat[e] dal vincitore che abbia a proprio vantaggio modificato il corso degli eventi, inclusa l'ipotesi che lo stesso abbia tratto in inganno sulla propria abilità o abbia taciuto elementi decisivi per la valutazione del rischio»³³.

Si è discusso se rientri nel concetto di frode l'ipotesi in cui il gioco si sia svolto con mezzi e strumenti imperfetti ad insaputa di entrambe le parti, come nel caso del mazzo di carte incompleto o della tombola mancante di qualche numero³⁴; in realtà, il problema viene poi comunque superato nel momento in cui si ritenga che anche in questo caso la prestazione sarà ripeteribile, «non già però ai sensi dell'articolo in esame che prevede la ripeteribilità come una sanzione a carico dell'*accipiens* e per la sua frode, ma perché l'incompletezza e l'irregolarità dei mezzi di giuoco comporta come conseguenza che non si può considerare avverata la condizione a cui era subordinata la vincita o la perdita ed in quanto il corso del rischio è stato alterato se pure senza dolo o colpa dei giuocatori»³⁵. Non può dunque sussistere alcun 'obbligo di coscienza' alla non ripeterizione di quanto versato, perché se si predicasse la sussistenza di tale obbligo difetterebbe *in radice* il fondamento di esso, che è appunto la regolarità del gioco – una regolarità che rileva primariamente in chiave strutturale ma che poi, come accennato, si estende al piano funzionale.

³¹ Così E. VALSECCHI, *Giuoco e scommessa*, cit., 74-75.

³² Così L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 80.

³³ L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 81.

³⁴ Così L. BUTTARO, *Giuoco e scommessa*, cit., 143.

³⁵ Così sempre L. BUTTARO, *Giuoco e scommessa*, cit., 143-144. E nella dottrina contemporanea v. L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 81: «Anche in queste ipotesi in effetti s'infrange il nesso fra i reciproci rischi, sebbene senza dolo: la ripeteribilità allora non si configura come sanzione a carico dell'*accipiens* scorretto, ma è piana conseguenza della circostanza che le condizioni per il fisiologico dispiegarsi del peculiare consegna aleatorio sono irrimediabilmente incrinata».

4. Segue. II) *La spontaneità del pagamento*

Il secondo presupposto, ai fini dell'operatività della *soluti retentio*, è la spontaneità del pagamento da parte del giocatore sconfitto. Anche su questo aspetto la Relazione al codice è illuminante³⁶: «L'irripetibilità delle somme pagate da persona capace in adempimento di un debito di giuoco o di scommessa è fondata sul pagamento spontaneo da parte del perdente, eseguito alla fine del giuoco (art. 1933, secondo comma). Pagamento spontaneo significa pagamento eseguito in situazione di libertà psicologica nella determinazione; in situazione cioè scevra di ogni coazione. Non si richiede la scienza dell'incoercibilità, come taluno pretendeva, perché l'effetto dell'irripetibilità del pagato è sorretto dall'esistenza obiettiva della situazione sulla quale si fonda il dovere, e non è necessario che di questa si conoscano i caratteri giuridici e precisamente la sua coercibilità o meno prima dell'adempimento» (n. 756). Ed è la stessa Relazione a precisare che, ai fini di una migliore intelligibilità della disposizione, all'avverbio 'volontariamente' è stato sostituito l'avverbio 'spontaneamente': «La scelta del codificatore [...] intendeva porre fine alle dispute che avevano visto dividersi la dottrina fra chi riteneva che la volontarietà del pagamento dovesse consistere nella consapevolezza del *solvens* di non esservi civilmente obbligato e chi propendeva per l'irrilevanza dell'erroneo convincimento della coercibilità dell'obbligazione»³⁷.

Si tratta allora di circoscrivere l'ambito di operatività dell'avverbio spontaneamente.

In dottrina si è osservato come, ancora recentemente, sia stato affermato che il requisito della spontaneità deve coincidere con la piena conoscenza della non doverosità, nel senso che un pagamento spontaneo è diverso e più forte di un pagamento volontario, significando la prima espressione «richiedere che il pagamento sia non solo una iniziativa volontaria, ma il risultato di una libera scelta fra le alternative – pagare o non pagare – che l'ordinamento offre al perdente»³⁸.

Vediamo di approfondire, pur brevemente, la questione.

La dottrina meno recente era già nettamente nel senso che il passaggio dal pagamento volontario al pagamento spontaneo aveva consentito di superare la questione circa la necessità della consapevolezza, o meno, in capo al perdente, della non coercibilità del pagamento. È stato appunto sottolineato che le conseguenze discendenti dall'aver sostituito l'avverbio spontaneamente all'avverbio volontariamente «rilevano soprattutto nell'ipotesi di pagamento da parte di colui che ignorava di non essere civilmente obbligato. Ogni dubbio sarebbe ora fuor di proposito. La spontaneità è requisito sufficiente, epperò nel caso di obbligazione

³⁶ E su di essa porta infatti l'attenzione L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 82.

³⁷ Così ancora L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 82.

³⁸ Di nuovo L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 82, che richiama la tesi di G.B. Ferri.

naturale diventa irrilevante l'errore del *solvens* che è il presupposto indispensabile della *condictio indebiti* in ogni altro debito civile»³⁹.

Questa linea venne poi ribadita negli anni Sessanta, precisandosi che pagamento fatto spontaneamente significa pagamento fatto liberamente, «e l'irripetibilità sussiste anche se chi ha pagato riteneva erroneamente che si trattasse di un'obbligazione civile e coercibile anziché puramente naturale»⁴⁰:

La dottrina a noi temporalmente più prossima ha collegato la natura di obbligazione naturale del debito di gioco alla diversa formulazione dell'art. 1933, comma 2, rispetto alla corrispondente norma del codice del 1865, e cioè al già richiamato art. 1804. Con particolare riguardo, ora, alla spontaneità del pagamento, si è infatti definitivamente chiarito che «quel che conta è che il debito di gioco sia stato pagato liberamente, cioè senza alcuna costrizione da parte del vincitore o di terzi, mentre non ha importanza il fatto che il *solvens* non fosse a conoscenza dell'incoercibilità dell'obbligo. In altri termini, chi adempie spontaneamente un debito di gioco non paga un indebito, poiché la forza assorbente del dovere morale o sociale è tale da giustificare pienamente lo spostamento patrimoniale prodottosi a favore del vincitore»⁴¹.

Se la spontaneità del pagamento ha una portata senza dubbio innovatrice rispetto alla logica del codice previgente, è naturale che il contenuto di tale requisito abbia comportato «un ampliamento del novero dei vizi della volontà rilevanti sì da includervi eventi che, alterando la spontaneità ma non la volontarietà, sarebbero di norma irrilevanti. E si fa l'esempio della violenza morale, per integrare la quale non è sufficiente come noto una minaccia lieve o il timore riverenziale o ambientale (richiedendo l'art. 1435 c.c. la minaccia di un male ingiusto e notevole)»⁴².

È stato allora precisato che, con riguardo ai vizi del volere dell'atto del pagamento, oltre alla violenza assume ovviamente rilevanza il dolo, quale elemento estraneo determinante la volontà⁴³; e, con riguardo all'errore, se esso, di per sé, non invaliderebbe il pagamento, quando quest'ultimo sia stato fatto sull'erroneo convincimento della sussistenza di una obbligazione civile, «ciò si è voluto escludere espressamente dal legislatore», con riferimento al debito di gioco⁴⁴.

³⁹ Così infatti E. VALSECCHI, *Gioco e scommessa*, cit., 74, il quale all'uopo ivi precisa: «Diversamente stavano le cose per quegli autori che l'avverbio volontariamente del passato intendevano, secondo la prevalente dottrina francese, nel senso di scientemente, dal che discendeva che irripetibile era ritenuto soltanto il pagamento eseguito nella consapevolezza della non coercibilità dell'obbligo e che l'errore su questo elemento doveva considerarsi idoneo a fare luogo alla *condictio indebiti*». Approfondita trattazione e ricostruzione storica in C.A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., 189-192.

⁴⁰ Così infatti ancora C.A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., 191.

⁴¹ E. MOSCATI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., 130-131.

⁴² L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 83.

⁴³ Così C.A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., 191.

⁴⁴ Ancora C.A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., 191, il quale ivi soggiunge: «Il che implica

Per concludere sul punto, per pagamento spontaneo va dunque inteso quello «che, oltre a non essere condizionato da alcuna costrizione o pressione esterna, sia frutto di un'autonoma decisione del *solvens*, non rilevando, in questo distinguendosi dal pagamento "volontario", il fatto che chi paghi si senta, ancorché erroneamente, vincolato da un obbligo giuridico»⁴⁵.

5. Segue. III) *La capacità del solvens*

Il periodo finale del comma 2 dell'art. 1933 prevede che la ripetizione è ammessa in ogni caso se il perdente è un incapace. Ciò significa che il pagamento fatto dal minore, dall'inabilitato, dall'interdetto, dall'emancipato (posto che il pagamento del debito di gioco non può essere qualificato atto di ordinaria amministrazione), nonché dall'incapace naturale, *ex art. 428 c.c.*, è ripetibile⁴⁶.

Soffermiamoci sui principali aspetti emersi nell'interpretazione della norma.

In primo luogo si è osservato che la dottrina spesso sorvola su tale questione, dando per sicura l'applicazione delle regole sull'annullabilità del contratto⁴⁷: «Se

che l'errore in genere, che affetti la volontà, non esclude che il pagamento sia spontaneo ai sensi dell'art. 1933: basta infatti, perché il pagamento sia spontaneo, e quindi irripetibile, secondo tale disposizione, che si tratti di prestazione compiuta in istato di libertà psicologica, cioè senza coartazione neanche psicologica per opera dell'azione di terzi. È sufficiente, come dice la Relazione, l'esistenza obiettiva della situazione sulla quale si fonda il dovere. Ma appunto, fuori del caso di errore sulla coercibilità del dovere, che è considerato giuridicamente irrilevante, sta di fatto che l'errore escluderà il più delle volte la stessa o. n. [*scil.* obbligazione naturale]. Così si risolve certamente in un indebito oggettivo ed è ripetibile la prestazione compiuta per errore a persona che non sia il creditore naturale, o su un oggetto diverso da quello dovuto; analogamente dicasi per l'errore sull'esistenza del dovere morale, che in definitiva va valutato dal giudice. In tutti questi casi, dunque, l'errore vale non tanto come vizio del pagamento, ma in quanto, non essendovi o. n., il pagamento come tale addirittura non sussiste, e si ha quindi un caso tipico di diritto alla ripetizione d'indebito» (pp. 191-192). L. BUTTARO, *Gioco e scommessa*, cit., 145, afferma l'irripetibilità del «pagamento eseguito per errore (di fatto) sull'esistenza del debito, in questo caso però non manca solo la spontaneità dell'adempimento, ma lo stesso debito del perdente, e cioè la *iusta causa solvendi*».

⁴⁵ AND. GENTILI, *Il contratto di giuoco e la scommessa*, cit., 1034.

⁴⁶ Così L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 83. Il testo dell'art. 428 c.c. (Atti compiuti da persona incapace d'intendere o di volere) è il seguente: «Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore».

L'annullamento dei contratti non può essere pronunciato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente.

L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto. Resta salva ogni diversa disposizione di legge».

⁴⁷ Così infatti E. VALSECCHI, *Gioco e scommessa*, cit., 71.

ne deducono le seguenti conseguenze: l'incapacità non può essere fatta valere se non dal contraente nell'interesse del quale è stabilita dalla legge (art. 1441 c.c.); dall'annullabilità del negozio stipulato dall'incapace deriva che se questo perde, ciò che paga è ripetibile entro il termine di cinque anni sancito all'art. 1442; se l'incapace vince e viene pagato si esclude che contro di lui sia ammessa la ripetizione»⁴⁸.

Ma la dottrina in parola opina, in senso critico, che, se è vero che ci troviamo di fronte a un negozio giuridico, sia pure provvisto delle caratteristiche di essere fonte di una obbligazione naturale e non già di una obbligazione civile, e se è altrettanto vero che argomentare per analogia *ex artt.* 1441 e ss. può offrire una facile soluzione, tuttavia «la incapacità agisce sul contratto aleatorio [*scil.* il contratto di gioco] [...] in tal guisa da rendere fortemente dubbiosi del fondamento della conclusione prospettata. E infatti non è recente il dubbio che il difetto di capacità sia tale per natura sua da investire la struttura del contratto di scommessa, escludendone la validità in modo assoluto»⁴⁹.

In chiave sistematica, non ci dovrebbero essere dubbi che, se la figura istituzionale di riferimento, e quindi il *genus* cui ricondurre il pagamento del debito di gioco, è, come ormai più volte ricordato, l'obbligazione naturale, allora la regola che collega la ripetibilità all'incapacità è quella di cui al comma 1 dell'art. 2034, dalla quale pianamente discende l'effetto giuridico di cui ci stiamo occupando⁵⁰.

Ma è vero che, se si guarda all'intera vicenda retrospettivamente, e cioè in chiave storica, le cose appaiono in realtà ribaltate: «[N]on si può considerare una vera e propria novità dell'art. 1933, ultimo comma, c.c. il requisito della capacità del *solvens* che all'epoca del codice del 1865 aveva portato a ritenere applicabili alla materia dei giochi le norme sui requisiti di validità del contratto. Infatti, già l'art. 1804 c.c. del 1865 escludeva la *soluti retentio* quando il perdente fosse «minore di età, interdetto o inabilitato». Su tale punto, in definitiva, il legislatore del 1942 ha adottato una tecnica inversa nel senso che è stata la disciplina delle obbligazioni naturali a prendere a modello quella del gioco e della scommessa, dal momento che l'art. 1237, ultimo comma c.c. 1865 non richiedeva affatto la capacità del debitore naturale. Piuttosto, di fronte alla terminologia generica dell'art. 1933, ultimo comma, c.c. è da chiedersi se la norma si riferisca anche all'incapace di intendere o di volere (art. 428 c.c.) ampliando in tal modo il disposto dell'art. 1804 c.c. del 1865 che per aver scelto una formula troppo analitica dava l'impressione di eccettuare lo stesso minore emancipato. La risposta al quesito è certamente affermativa, soprattutto se si giustifica l'esigenza della capa-

⁴⁸ E. VALSECCHI, *Gioco e scommessa*, cit., 71.

⁴⁹ E. VALSECCHI, *Gioco e scommessa*, cit., 71-72.

⁵⁰ Com'è stato del resto rilevato ancora da E. VALSECCHI, *Gioco e scommessa*, cit., 72: «Coll'art. 2034 la legge sancisce esplicitamente la ripetibilità del pagamento dell'obbligazione naturale da parte dell'incapace; l'art. 1933 capov. ne è un'applicazione».

cità con il criterio dell'autoresponsabilità del debitore naturale»⁵¹. E la ragione di ciò è che da parte di un soggetto incapace di intendere e di volere non si potrà mai parlare di adempimento spontaneo, appunto non potendosi egli rendere conto delle proprie azioni: «In proposito è innegabile che anche l'incapace di intendere o di volere non sia in grado di rendersi conto del carattere di doverosità soltanto morale o sociale dell'atto che si appresta a compiere. Di fronte alla non imputabilità della *solutio* rimane paralizzata l'«obiettiva» esistenza del debito di gioco. Il rifiuto della *soluti retentio* è la riprova che il pagamento eseguito non spontaneamente ovvero in condizioni di incapacità (legale o naturale) è considerato dalla legge non sorretto da una valida causa giustificatrice, sicché è ripetibile ai sensi dell'art. 2033 c.c.»⁵².

In questa chiave, è allora preferibile ritenere necessaria, ai fini della non ripetibilità, la capacità del perdente tanto al tempo della conclusione del contratto di gioco quanto al tempo del pagamento⁵³. Sul punto, la visione della dottrina non è unanime, e infatti si discute tuttora se tale stato di incapacità debba sussistere esclusivamente all'atto del pagamento ma non necessariamente al momento del gioco, ovvero se possa essere ripetibile anche il pagamento effettuato da persona capace al momento del pagamento ma incapace al momento del gioco⁵⁴.

La prevalente dottrina afferma la tesi dell'incapacità al momento del pagamento, onde escluderne la validità, precisando che l'art. 1933, «dicendo che «la ripetizione è ammessa in ogni caso se il perdente è un incapace», fa diretta applicazione dell'art. 2034, e si riferisce alla incapacità del perdente al momento del pagamento (che è un atto volontario della persona, e per cui quindi è rilevante la capacità, a differenza del fatto di perdere la scommessa, che non è che un effetto del momento della conclusione di questa)»⁵⁵. Si fa peraltro notare come l'eventuale pagamento effettuato da un *solvens* capace all'esito della partita andrebbe qualificato, come convalida *ex art.* 1444, comma 2; del resto «la riacquistata capacità del pagante rende irrilevante lo stato soggettivo dello stesso nella fase anteriore al pagamento»⁵⁶.

La soluzione della questione non può del resto esaurirsi in base a considerazioni strettamente dogmatiche perché si tratta, in chiave di politica del diritto, di stabilire se incentivare o contenere la rilevanza giuridica del gioco con riguardo

⁵¹ E. MOSCATI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., 133-135.

⁵² Così ancora E. MOSCATI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., 135.

⁵³ AND. GENTILI, *Il contratto di giuoco e la scommessa*, cit., 1035.

⁵⁴ Cfr. L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 83: «La prevalente dottrina ritiene che la capacità debba sussistere all'atto del pagamento e non anche al momento in cui si gioca o si scommette, mentre secondo una più isolata posizione sarebbe ripetibile pure il pagamento effettuato da persona capace, che era incapace durante lo svolgimento del gioco o all'atto di scommettere».

⁵⁵ C.A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., 184.

⁵⁶ L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 84.

agli esborsi sostenuti dal giocatore perdente. Tenuto allora conto dell'incremento del fenomeno della ludopatia, è forse opportuno consentire la ripetibilità in tutti i casi in cui lo stato soggettivo del giocatore abbia conosciuto momenti patologici, e ciò considerando tutta la fase del gioco, al di là del momento in cui avviene il pagamento.

La ludopatia, infatti, ovvero il gioco d'azzardo patologico, che è un vero e proprio disturbo del comportamento caratterizzato dal desiderio compulsivo di giocare⁵⁷, può dar luogo a una pronuncia di inabilitazione per prodigalità, sulla base della prova che la persona sperpera le proprie sostanze al gioco, senza che sia richiesta la dimostrazione che la sua condotta di vita, anziché derivare da una passione o da un vizio, sia il prodotto di uno stato patologico che toglie al soggetto discernimento e facoltà di giudizio⁵⁸.

Nei tempi più recenti prevale il ricorso al più flessibile istituto dell'amministrazione di sostegno, «talvolta equiparando il giocatore compulsivo al soggetto affetto da disabilità e valorizzando l'incapacità dell'amministrato giocatore compulsivo a gestire le proprie sostanze»⁵⁹.

La medesima dottrina osserva peraltro che tale tendenza solleva talune perplessità, «anche alla luce dell'insegnamento della Corte costituzionale secondo il quale è l'istituto della inabilitazione a doversi privilegiare allorché, come tipicamente avviene nel gioco patologico, si profili la necessità di limitare stabilmente la capacità di agire del soggetto; mentre all'amministrazione di sostegno potrebbero più opportunamente destinarsi i casi *border line* di "gioco problematico"»⁶⁰.

Più difficoltoso risulterebbe invece l'applicazione dell'art. 428 alle ludopatie: non tanto con riguardo all'astratta riferibilità di queste ultime a situazioni di alterazione emotiva tale da pregiudicare ogni capacità di raziocinio (anche se allora, da questo punto di vista, rileva il riferimento alla letteratura scientifica in materia, la quale attesta come spesso il giocatore affetto da ludopatia mantenga intatta la capacità di valutare quanto gli sta accadendo e la situazione, appunto patologica, nella quale si trova: se però la situazione è quella descritta, non può allora parlarsi, in base a quanto gli orientamenti giurisprudenziali richiedono ai fini dell'ope-

⁵⁷ Così infatti L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 84. Amplius C. IURILLI, *I contratti di giuoco*, cit., 133 ss., che si sofferma altresì ampiamente sulla normativa euro-unitaria e nazionale.

⁵⁸ Così sempre L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 84-85, la quale richiama espressamente una giurisprudenza risalente a testimonianza di un orientamento assai consolidato, in base al quale si ritiene che non è qualificabile come prodigo solo chi sperpera denaro in spese inutili, ovvero sproporzionate, o chi dissipa denaro al giuoco, ma anche chi fornisce denaro al soggetto dissipatore, riparando inconsultamente alle perdite e associando così il proprio patrimonio nella comune rovina.

⁵⁹ L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 85.

⁶⁰ L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 85: ivi, in nota 276, la definizione di giuoco d'azzardo problematico, precursore del giuoco d'azzardo patologico: l'essere coinvolti in comportamenti rischiosi di giuoco che condizionano negativamente il benessere individuale, le relazioni familiari, le condizioni economiche e sociali, interferendo con gli obiettivi professionali.

ratività dell'art. 428, di una alterazione del formarsi di quella volontà cosciente indispensabile ai fini dell'annullamento del contratto concluso dall'incapace), quanto in chiave probatoria⁶¹. È infatti, se, in generale, la prova dell'incapacità può essere data con ogni mezzo, dunque anche sulla base di indizi e presunzioni, di fronte alla ludopatia la Cassazione mostra più rigore, «richiedendo al giocatore avvezzo al gioco d'azzardo che volesse invocare la propria incapacità naturale di fornire "prova rigorosa della patologia", non potendosi per esempio desumere l'incapacità dal fatto della abituale frequentazione di case da gioco»⁶².

Al di fuori del campo della ludopatia, l'art. 428 assume invece portata operativa tutte le volte in cui, appunto, l'incapacità del soggetto porti a escluderne la spontaneità richiesta ai fini della non ripetibilità del pagamento, con il rilievo che ai fini del giudizio circa la sussistenza o meno di tale capacità di intendere e di volere acquista particolare rilevanza il contesto in cui il gioco è avvenuto, posto che «non si deve far capo soltanto al grado di emotività che egli costantemente possiede e che caratterizza la sua personalità, ma anche a quella che può in particolare derivargli dall'ambiente in cui il gioco si svolge»⁶³.

6. Segue. IV) *Il pagamento effettuato dopo l'esito del gioco*

L'ultimo requisito che l'art. 1933 pone ai fini della irripetibilità del pagamento è la sua posteriorità all'esito del gioco⁶⁴. È stato rilevato che «l'imposizione di tale requisito nella norma citata non costituisce una innovazione rispetto al sistema del codice abrogato, come quasi tutti gli autori mostrano di credere; ma una esigenza logica discendente da principi che la migliore dottrina aveva enucleati anche in passato. Il legislatore, in sostanza, ha inteso, con questa precisazione, di fornire la soluzione espressa di controversie che in dottrina e in giurisprudenza si sono indefinitivamente trascinate, richiedendo una condizione già implicita nella natura stessa del debito da scommessa come obbligazione naturale. Perché si potesse parlare di innovazione, si dovrebbe riconoscere che il pagamento eseguito prima dell'esito del giuoco era dalla cessata legge ritenuto valido, conclusione che [...] deve ritenersi erronea»⁶⁵.

⁶¹ Così L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 86.

⁶² L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 86.

⁶³ L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 86, la quale richiama parole di G.B. Ferri.

⁶⁴ E. VALSECCHI, *Giuoco e scommessa*, cit., p. 76.

⁶⁵ Così E. VALSECCHI, *Giuoco e scommessa*, cit., 76, il quale ivi soggiunge: «[I]l pagamento anticipato di un debito non ancora sorto non è un pagamento, ma caso mai un'arra confirmatoria, la quale nella ipotesi in esame, inerendo ad una obbligazione naturale, è un'arra invalida, non tollerando questa né garanzie, né promesse di alcun genere siano esse preventive o successive. Neppure si può dire che si tratti di pagamento sottoposto alla condizione sospensiva della perdita, perché non si può dedurre in condi-

Dal canto suo la Relazione al codice civile ha precisato quanto segue: «Per la stabilità del pagamento si è richiesto anche un requisito cronologico: che esso sia stato eseguito dopo l'esito del giuoco o della scommessa. Il versamento della posta nelle mani dell'eventuale vincitore, piuttosto che pagamento, rappresenta un deposito a scopo di garanzia, e come tale non può acquistare la stabilità, accordata dalla legge (art. 1933, secondo comma) al solo pagamento nel senso tecnico della parola. Neppure pagamento può qualificarsi, ciò è più evidente, il deposito della posta presso un terzo. Il perdente quindi può ripeterla dal depositario, beninteso fino a quando la posta stessa non sia stata versata al vincitore; ché se il depositante non abbia né chiesta né comunque avuta la restituzione della posta depositata, il depositario è certamente obbligato a pagarla al vincitore, il quale pertanto può da lui conseguirla coattivamente» (n. 756).

A questo proposito in dottrina si è sottolineato come, al di là della qualificazione della fattispecie in parola, «[q]uel che conta invece è che la puntualizzazione dell'art. 1933, ultimo comma, c.c. si rivela del tutto coerente con la ricostruzione del debito di gioco quale dovere morale o sociale. In particolare, il fatto che l'adempimento possa avvenire solo "dopo l'esito del giuoco o della scommessa" appare una conseguenza inevitabile del requisito della "spontaneità" del pagamento. In vero, se si ritenesse il deposito preventivo della posta una sorta di adempimento del debito di gioco, il vincitore sarebbe certamente legittimato ad appropriarsi della somma anche contro la volontà del perdente, al quale, pertanto, verrebbe sottratta una delle due possibilità che gli offre la norma in esame. Infatti, la "spontaneità" del pagamento presuppone che il *solvens* abbia liberamente escluso di non "onorare" il debito di gioco. Da questo punto di vista si deve a maggior ragione considerare incompatibile con la formulazione dell'art. 1933, ultimo comma, c.c. l'eventuale clausola di irrevocabilità del deposito preventivo della posta. Una simile pattuizione avrebbe lo stesso valore dell'atto di autonomia privata con il quale le parti avessero fatto proprie le regole del gioco: cioè non avrebbe alcuna rilevanza per l'ordinamento statuale dal momento che la forma negoziale impressa alla regola di gioco non varrebbe in nessun caso a rafforzare la pretesa del vincitore»⁶⁶.

In questa chiave è stato fondatamente osservato che il legislatore abbia avuto a mente una pragmatica constatazione del diverso stato psicologico del giocatore, prima e dopo l'esito del gioco. Prima del gioco c'è fiducia nella propria abilità e

zione il presupposto stesso del pagamento, cioè l'esistenza del debito. Si tratterà di promesse seriamente manifestate coll'esborso anticipato della posta, di questa abbandonare all'avversario nel caso che l'esito del giuoco sia sfavorevole; ma altro non sono che situazioni di fatto la cui rilevanza è limitata alla sfera dei rapporti economico-sociali. La tutela giuridica indiretta sopravviene soltanto dopo l'esito del giuoco col sorgere dell'obbligazione naturale: prima di ciò non può crearsi alcun vincolo giuridico in relazione teleologica coll'adempimento».

⁶⁶ E. MOSCATI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., 166-167.

- speranza di guadagno, magari anche perché il giocatore si trova sotto l'influsso dei presenti; dopo il gioco, però, si ritorna lucidi, e si può dunque meglio riflettere sul cosa fare, risultando così collegati spontaneità del pagamento e pagamento successivo al gioco⁶⁷. Ecco che allora il pagamento successivo è perfettamente coerente con la spontaneità del pagamento, «atteggiandosi a condizione già implicita nella natura stessa del debito di gioco»⁶⁸.

⁶⁷ Così L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 87-88, che richiama parole di R. De Ruggiero.

⁶⁸ Ancora L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 88.