

Esame per l'iscrizione agli albi degli avvocati Parere motivato su quesito proposto in materia di diritto civile

Tema assegnato nella sessione d'esami di dicembre 2018

di ROBERTO CALVO

Tizio gioca una partita a *poker* con quattro sconosciuti, nel corso della quale viene bevuta da tutti una consistente quantità di *whisky*.

All'esito della mano finale Tizio perde l'importo di euro 1.000 in favore di Caio. Non avendo con sé tale importo, chiede e ottiene 24 ore di tempo per saldare il debito, ma non riesce a procurarsi la somma necessaria. Pertanto, dietro pressioni di Caio e degli amici di quest'ultimo che avevano partecipato alla partita, sottoscrive una dichiarazione con la quale promette il pagamento della vincita a Caio entro le successive 48 ore.

Dopo aver pagato la somma, però, Tizio si rivolge al proprio legale rappresentando che gli altri giocatori avevano barato al gioco e che la promessa di pagamento gli era stata estorta dietro minacce di gravi ripercussioni alla propria integrità fisica.

Il candidato, assunte le vesti del legale di Tizio, rediga motivato parere esaminando le questioni sottese al caso e individuando le varie possibilità di tutela offerte dall'ordinamento.

SCHEMA DI SVOLGIMENTO

- Rilevanza privatistica della vicenda;
- Disciplina del gioco e della scommessa;
- Rapporto con l'obbligazione naturale;
- *Soluti retentio*;
- Rilevanza della incapacità naturale e della frode;
- Natura giuridica della promessa;
- Impugnabilità della promessa per violenza.

Tizio ha assunto un debito di gioco, avendo egli promesso – tramite dichiarazione scritta – il suo pagamento al vincitore Caio.

La vicenda rientra nell'area di competenza dell'art. 1933 c.c. Ai sensi del comma 1 di tale disposizione, i vincitori non hanno diritto di azione per il pagamento del suddetto debito. L'ordinamento non ha infatti ritenuto meritevole di tutela giudiziale il credito di gioco, in modo da disincentivare – seppure indirettamente – tale pratica ludica.

Tuttavia, il comma 2 dell'articolo in esame riconduce il pagamento spontaneo per opera del perdente nella categoria delle obbligazioni naturali (tipiche): egli, infatti, non può ripetere quanto pagato in maniera spontanea all'esito del gioco o della scommessa, a patto che non sia stata perpetrata alcuna frode a scapito del solvens. Ne consegue che – secondo il diritto vigente – la prestazione che precede è considerata alla stregua di una situazione moralmente o socialmente doverosa.

Il tratteggiato accostamento del debito all'obbligazione naturale ci aiuta a comprendere l'ultima proposizione del precitato capoverso, a mente della quale la soluti retentio non vale quando il perdente sia un incapace. Siffatta regola – in perfetta simmetria, si noti per inciso, con quanto disposto dall'art. 2034, comma 1, c.c. – esclude quindi la non applicabilità dell'art. 2033 c.c. qualora la solutio sia stata appunto eseguita da un incapace. Per incapace s'intende anche chi abbia pagato in uno stato patologico rilevante ai sensi dell'art. 428 c.c. (intendiamo alludere all'incapacità naturale). Nel caso di specie Tizio potrebbe essere stato naturalmente incapace d'intendere e volere durante lo svolgimento del gioco, a causa dell'obnubilamento cagionato dall'alcool. Sennonché, ad avviso di un orientamento accreditato e condivisibile, l'incapacità che ci sta occupando rileva soltanto se essa sussiste nel momento in cui fu compiuto il pagamento. Poste queste basi, Tizio non può fondatamente invocare la detta disciplina in quanto, nell'istante in cui corrispose la somma di mille euro, era senz'altro *compus sui*.

Qui giunti, serve considerare che il gioco si è svolto in modo fraudolento a scapito di Tizio. Ebbene, ai sensi dell'art. 1933, comma 2, c.c., la soluti retentio è altresì esclusa quando vi sia stata frode. Talché, una volta dimostrato da parte del solvens il fatto impeditivo della soluti retentio (ossia, della inapplicabilità dell'art. 2033 c.c.) – la mente corre all'evocato inganno –, la pretesa del perdente di ottenere la ripetizione della somma pagata dovrà ritenersi meritevole di accoglimento. La norma in parola vuole tutelare l'interesse che il gioco si svolga onestamente, vale a dire senza azioni o condotte preordinate ad alterare l'eguaglianza oggettiva fra i concorrenti. La sanzione di diritto privato che entra in scena in caso di frode è rappresentata dall'eccezionale riconoscimento a favore del solvens-perdente del diritto di ripetizione della somma esborsata al vincitore. La norma – ma il tema è dibattuto – non pare condizionare il riconoscimento dell'azione ex art. 2033 c.c. alla circostanza che il medesimo perdente fosse ignaro della frode ordita ai suoi danni quando eseguì il pagamento.

Allo scopo di completare il quadro della situazione bisogna ancora considerare: a) la natura della promessa sottoscritta da Tizio a favore di Caio; b) la rilevanza (*iure privatorum*) delle minacce fatte dal promissario e dagli altri giocatori per indurlo a redigerla. S'incominci con l'osservare che la promessa genera la *c.d.* astrazione processuale della causa (art. 1988 c.c.): il promissario ha dunque titolo a ottenere il pagamento, potendo egli a tal fine limitarsi ad allegare il documento incorporante la promessa stessa. Spetterà al promittente l'onere di dimostrare che manca, è invalida o immeritevole di tutela la sottostante causa *debendi*. Non è qui il caso di affrontare il dibattuto tema circa la possibilità dei privati di trasformare in giuridica un'obbligazione naturale. Serve semmai appurare l'incidenza della (dianzi delineata) manaccia, che ha indotto (o costretto) il perdente a sottoscrivere la promessa. La tratteggiata situazione patologica potrebbe legittimarlo a chiedere l'annullamento della promessa: quest'ultima, infatti, sottendendo una dichiarazione di volontà (avente contenuto patrimoniale) diretta a generare la «*relevatio ab onere probandi*», dovrebbe essere suscettibile di impugnazione ai sensi dell'art. 1434 c.c. (*arg. ex art. 1324 c.c.*). L'annullamento della promessa (conseguente

alla sentenza costitutiva) potrebbe giustificare la domanda accessoria di ripetizione del pagamento eseguito in forza di essa.

È appena il caso di considerare che la natura non negoziale del pagamento, in sé e per sé considerato dovrebbe escludere la sua autonoma impugnabilità per violenza. Non va però sottaciuto che quando il pagamento sia avvenuto per effetto di un'azione severamente disapprovata dall'ordinamento (artt. 2043 c.c. e 393 c.p.), il minacciato – secondo un'interpretazione accreditata – potrà agire contro colui il quale abbia esercitato abusivamente le proprie ragioni, allo scopo di ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla condotta illegale tesa a condizionarne l'autodeterminazione del debitore.

Su questo sfondo illustrativo giova soggiungere che fra le condizioni legali per escludere la ripetizione del pagamento di gioco v'è la spontaneità del pagamento. Ora, è vero che tale prestazione solutoria è stata eseguita da Tizio in adempimento della promessa ex art. 1988 c.c.; ma è altrettanto vero che essa è stata estorta. Ne consegue che il pagamento, data la stretta correlazione fra tale fatto e l'antecedente promessa, dovrebbe smarrire nel caso in esame il presupposto della sua spontaneità. Di lì – prescindere dall'accennata azione ex art. 2043 c.c. – è dato scorgere un altro elemento utile a radiare la soluti retentio.

