

La tutela del giocatore d'azzardo patologico: la prospettiva privatistica

Gabriele Salvi

Abstract: The essay explores the legal effects of gambling from the perspective of relevant civil law regulations. Starting from the premise of the legal system's neutrality towards gambling, it investigates the implications of loans provided for gambling purposes and how the legal framework can be interpreted considering the subjective condition of addiction that characterizes individuals suffering from pathological gambling disorder. Additionally, it considers the issue of incapacity among gambling addicts, which prompts an examination of addiction within the context of vulnerable individuals and justifications for protective measures that limit their legal capacity to act.

Keywords: Civil effects of gambling, *soluti retentio*, vulnerable individuals, remedy

Sommario: 1. Il gioco d'azzardo nell'occhiale del civilista 197; 2. Il debito di gioco e l'assenza di azione 202; 3. Il disturbo da gioco di azzardo quale motivo di apertura dell'amministrazione di sostegno 207; Riferimenti bibliografici 209

1. Il gioco d'azzardo nell'occhiale del civilista

Per quanto piuttosto negletto nella riflessione civilistica tradizionale il tema del gioco e della scommessa rappresenta oggi un terreno di indagine che può sembrare ai margini del ragionamento degli studiosi del diritto civile, ma che, viceversa, interessa le relazioni tra privati molto più di quanto si possa immaginare.

Quando un fenomeno raggiunge i livelli economici che caratterizzano attualmente il gioco d'azzardo (in Italia, ormai il dato del giro di affari supera abbondantemente i centocinquanta miliardi di euro annui, a cui aggiungere una sempre maggiore quota di origine illecita) è impensabile che esso possa essere esclusivamente rimesso alla regolazione pubblicitaria, alla quale si demanda un ruolo centrale, sotto vari e centrali profili (dalla disciplina relativa alla pubblicità dei giochi, al piano dei controlli, alla definizione dei livelli essenziali di assistenza, ove oggi si include espressamente la dipendenza da gioco d'azzardo, quale patologia che dà luogo alla presa in carico multidisciplinare della persona), senza che, tuttavia, le si possa chiedere di essere esaustiva anche rispetto alle problematiche connesse ai rapporti interprivati.

Ebbene, visto con gli occhi del civilista tradizionale, il gioco d'azzardo si pone nel ristretto cono di indagine delle norme contenute nell'art. 1933 c.c. e nelle sue deroghe, definite nei successivi artt. 1934 e 1935 c.c. (Agrifoglio 2016, 65).

Gabriele Salvi, University of Siena, Italy, gabriele.salvi@unisi.it, 0000-0001-7278-6936

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Gabriele Salvi, *La tutela del giocatore d'azzardo patologico: la prospettiva privatistica*, © Author(s), CC BY-SA 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0444-6.16, in Mario Perini (edited by), *Il gioco d'azzardo: una prospettiva multidisciplinare. Atti del convegno tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena il 1° dicembre 2023*, pp. 197-211, 2024, published by Firenze University Press and USiena PRESS, ISBN 979-12-215-0444-6, DOI 10.36253/979-12-215-0444-6

Muovendo dalla classica ripartizione tra giochi repressi, giochi ammessi e giochi tollerati, il legislatore codicistico ha lasciato il campo alla disciplina penale ed amministrativa con riferimento alla individuazione dei giochi vietati, limitandosi a prevedere casi di giochi e scommesse costituenti fonti di obbligazioni naturali indipendentemente dall'essere o meno vietati (art. 1933 c.c.) ovvero casi di giochi e scommesse che assumono le caratteristiche delle obbligazioni civili agli artt. 1934 (giochi sportivi e relative scommesse) e 1935 (lotto e lotterie legalmente autorizzate) al ricorrere di determinate condizioni.

Il rapporto con le disposizioni penali, tuttavia, non può essere impostato nella logica del necessario rapporto di complementarietà tra le due discipline.

La formulazione dell'art. 1933 c.c., con particolare riferimento all'esclusione dell'azione per il pagamento di un debito di gioco e di scommessa «anche se si tratta di gioco o di scommessa non proibiti», rende plastica l'idea del diverso ambito di operatività della disposizione in esame rispetto alle norme che prevedono come reato la partecipazione al gioco d'azzardo (artt. 718 e 710 c.p.).

Lo stesso meccanismo della *soluti retentio*, peraltro, rinviando alla figura dell'obbligazione naturale – relativa a «quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali» (art. 2034, comma 2, c.c.), evidentemente in forza di una ritenuta causa di trasferimento che oggettivamente non può non essere ritenuta lecita e tipica – non consente di sostenere che la *denegatio actionis* prevista dall'art. 1933, comma 1, c.c., sia espressione di un principio di ordine pubblico e non costituisca, piuttosto, una scelta, sia pure di compromesso, del legislatore fondata sulla c.d. 'neutralità' del gioco, nonché sulla risalente concezione del debito di gioco come dovere morale e sociale (seppure con una diversa finalità vedi Cass. civ., sez. VI, n. 12364/2016).

Il che induce ad analizzare la legislazione in materia di gioco d'azzardo sotto lo *speculum* della neutralità piuttosto che in una logica proibitiva e, infatti, la prima impressione che si trae dall'esame delle norme che si sono succedute nel tempo in materia di gioco e scommessa non induce a ritenere che nel nostro ordinamento tali fenomeni siano considerati con disfavore (Ferri 1974, 54; Nivarra 1995, 380).

Non può negarsi che tale atteggiamento di mancata sfiducia si connetta direttamente più ad esigenze e scelte riferibili al gettito derivante dal gioco che a scelte morali o sociali (Vesto 2017; Marotta 2019), tanto che deve constatarsi come l'area del gioco autorizzato (non dissimile, nella sua essenza ontologica, a quello d'azzardo 'proibito') abbia subito una estensione ormai rilevantissima, se si pensa che si è partiti dall'istituzione per legge di alcuni casinò nel territorio nazionale, ci si è mossi verso la creazione di un numero ormai indefinito di lotterie e concorsi a premi basati prevalentemente sulla sorte, fino all'emanazione dell'art. 38, comma 2, d.l. n. 223/2006, successivamente convertito con modificazioni e integrazioni nella l. n. 248/2006, che, con la modifica del r.d. 18 giugno 1931, n. 773, art. 110, comma 6 (il c.d. T.U.L.P.S.), ha consentito la proliferazione dei punti di accettazione delle scommesse, tanto che ormai il gioco assume le forme dell'atto di consumo (Modica 2018).

A questo sviluppo normativo ha fatto da *pendant* una giurisprudenza domestica ed europea fortemente 'aperturista' sul tema, attuando una logica di fondo

per la quale si vuole evitare che mediante l'appiglio della contrarietà all'ordine pubblico – scaturente dal collegamento con la previsione penale – si possa limitare l'accesso al gioco.

In tale prospettiva si legga l'impostazione assunta dalla Corte di Giustizia UE (allora CE) già nel 2003, quando, analizzando l'art. 4, l. n. 401/1989, che sanziona l'esercizio abusivo di giochi e scommesse, ha avuto modo di osservare che

il giudice del rinvio ha sottolineato che lo Stato italiano persegue, a livello nazionale, una politica di forte espansione del giuoco e delle scommesse allo scopo di raccogliere fondi, tutelando i concessionari del CONI. Orbene, laddove le autorità di uno Stato membro inducano ed incoraggino i consumatori a partecipare alle lotterie, ai giuochi d'azzardo o alle scommesse affinché il pubblico erario ne benefici sul piano finanziario, le autorità di tale Stato non possono invocare l'ordine pubblico sociale con riguardo alla necessità di ridurre le occasioni di giuoco per giustificare provvedimenti come quelli oggetto della causa principale (Corte di Giustizia, sez. V, n. 243/2003; in ordine alla non contrarietà all'ordine pubblico di sentenze straniere che condannano giocatori al pagamento di debiti di gioco v. Cass. civ., sez. I, n. 1163/2013; Cass. civ., sez. I, n. 16511/2012).

Successivamente la Corte di Giustizia è tornata sul tema in una logica diversa: l'intersezione con la libertà di stabilimento e di circolazione di beni e servizi. Sul tema i giudici del Lussemburgo hanno specificato i principi generali posti dagli artt. 43 e 49 del Trattato CE, in tema di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, affermando che «l'art. 43 CE e art. 49 CE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale che escluda e per di più continui ad escludere dal settore dei giochi d'azzardo gli operatori costituiti sotto forma di società di capitali le cui azioni sono quotate nei mercati regolamentati», e che

l'art. 43 CE e art. 49 CE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale che imponga una sanzione penale a soggetti imputati per aver esercitato un'attività organizzata di raccolta di scommesse in assenza della concessione o dell'autorizzazione di polizia richieste dalla normativa nazionale, allorché questi soggetti non abbiano potuto ottenere le dette concessioni o autorizzazioni a causa del rifiuto di tale Stato membro, in violazione del diritto comunitario, di concederle loro (Corte di Giustizia, sez. V, n. 338/2007).

Ragionamento che induce a conseguenze tutt'altro che irrilevanti in merito alla potestà punitiva del nostro ordinamento in tema di gioco d'azzardo: ne è derivato, infatti, che la specifica norma comunitaria individuata dalla Corte di Giustizia con la citata sentenza è risultata incompatibile con la norma incriminatrice nazionale – con conseguente obbligo del giudice domestico di 'non applicazione' – ovviamente purché il soggetto svolgesse senza autorizzazione di pubblica sicurezza attività organizzata di intermediazione per l'accettazione e la raccolta di scommesse sportive in favore di un allibratore straniero che non avesse potuto ottenere in Italia le concessioni o le autorizzazioni richieste dalla

normativa nazionale a causa del rifiuto dello Stato italiano di concederle, in violazione del diritto comunitario (Cass. pen., sez. III, n. 18767/2012).

Ma il percorso europeo è andato ben oltre: si è infatti ritenuto che gli artt. 43 e 49 del Trattato devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale che conceda un diritto esclusivo avente ad oggetto lo svolgimento, la gestione, l'organizzazione e il funzionamento dei giochi d'azzardo ad un organismo unico, qualora, da un lato, tale normativa non risponda realmente all'intento di ridurre le occasioni di gioco e di limitare le attività in tale settore in modo coerente e sistematico e, dall'altro, non sia garantito uno stretto controllo da parte delle autorità pubbliche sull'espansione del settore dei giochi d'azzardo, soltanto nella misura necessaria alla lotta alla criminalità connessa a tali giochi (Corte di Giustizia, sez. IV, n. 186/2013) ovvero che gli articoli 49 T.F.U.E. e 56 T.F.U.E. ostano a una disposizione nazionale restrittiva, la quale impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività per scadenza del termine della concessione, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, qualora detta restrizione ecceda quanto è necessario al conseguimento dell'obiettivo di garantire la continuità dell'attività legale di raccolta di scommesse al fine di arginare lo sviluppo di un'attività illegale parallela (Corte di Giustizia, sez. III, n. 375/2016).

In questo panorama tutto improntato alla tutela della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi la Corte non ha, tuttavia, dimenticato come la tutela dei consumatori contro la dipendenza dal gioco e la prevenzione della criminalità e della frode collegate al gioco, costituiscano motivi imperativi d'interesse generale che possono giustificare le restrizioni delle attività di gioco d'azzardo (Corte di Giustizia, sez. IV, n. 470/2012; Corte di Giustizia, sez. I, n. 98/2015; Corte di Giustizia, sez. III, n. 390/2014, nonché, seppure sotto un diverso angolo visuale, Corte di Giustizia, sez. IV, n. 186/2013) e, benché in tale contesto, ha dichiarato che una politica affidata alla tecnica delle concessioni può essere coerente sia con lo scopo di prevenire la gestione delle attività di gioco d'azzardo a fini criminali o fraudolenti, sia con l'obiettivo di prevenzione dell'incitamento a spese eccessive collegate ai giochi e di lotta contro l'assuefazione a questi ultimi, dirigendo i consumatori verso l'offerta proveniente da operatori autorizzati, offerta che è ritenuta nel contempo al riparo da elementi criminali e concepita per salvaguardare meglio i consumatori contro spese eccessive e l'assuefazione al gioco (Corte di Giustizia, sez. I, n. 98/2015; vedi anche Corte di Giustizia, sez. II, n. 475/2022).

L'effetto nel contesto nazionale dell'impostazione europea è stato, come accennato, quello di rendere non configurabile il reato di raccolta di scommesse in assenza di licenza di pubblica sicurezza, da parte del soggetto che operi in Italia per conto di operatore straniero privo di concessione per non aver partecipato alle gare per l'assegnazione indette ai sensi del d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito in l. 26 aprile 2012, n. 44, a causa della non conformità del regime concessorio interno agli artt. 49 e 56 T.F.U.E. nella interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia. Per quest'ultima detti articoli ostano ad una disposizione restritti-

va interna che imponga al concessionario di giochi d'azzardo di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività per scadenza dei termini della concessione, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, qualora detta restrizione ecceda quanto è necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito da tale disposizione e di prevenire il rischio che tale gestione sia diretta a scopi fraudolenti e criminosi (Cass. pen., sez. III, n. 43955/2016).

Il quadro che ne emerge è che, tanto in ambito nazionale, quanto in quello euro-unitario, non esiste alcun disfavore nei confronti del gioco d'azzardo in quanto tale, ma soltanto nella misura in cui esso, sfuggendo al controllo degli organismi statuali, possa costituire un serio pericolo per infiltrazioni criminali ovvero per tutte le pericolose conseguenze ad esse collegate, anche sotto il profilo sociale.

Solo quest'ultima finalità repressiva giustifica la limitazione (ma non l'esclusione) all'esercizio del gioco.

E ciò trova una indiretta conferma, rimanendo nell'area del gioco autorizzato in quanto gestito direttamente dallo Stato mediante concessionari, in una ipotesi del tutto peculiare, affrontata dai giudici di legittimità.

La Suprema Corte ha avuto modo di affermare la responsabilità della pubblica amministrazione nel caso in cui la società concessionaria del servizio di gioco online non proceda alla restituzione della somma versata dallo scommettitore (Cass. civ., sez. III, n. 4026/2018).

In particolare, si è ritenuto che quest'ultimo può avanzare la pretesa direttamente verso la pubblica amministrazione, in quanto «l'inserimento del concessionario dell'attività di organizzazione e di esercizio di giochi di abilità e concorsi pronostici nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione comporta che dei danni arrecati dal fatto illecito del concessionario medesimo risponda l'autorità ministeriale concedente, titolare del potere di vigilanza e controllo».

Secondo la sentenza in esame, richiamando la decisione di merito, «nella concessione della gestione del gioco online è riscontrabile un potere di vigilanza e di controllo da parte dell'A.A.M.S. sui concessionari». Tale presupposto, collocato nell'ambito della disciplina dell'attività di gioco, è sufficiente per la sussunzione della fattispecie in esame nell'ipotesi di cui all'art. 2049 c.c.

La connotazione funzionale della responsabilità dei padroni e committenti è infatti ravvisabile nel potere di vigilanza e di controllo da parte del preponente, tale da influenzare la condotta del preposto. In base al d.lgs., 14 aprile 1948, n. 496, in realtà, l'organizzazione e l'esercizio di giochi di abilità e di concorsi pronostici sono riservati allo Stato e sono affidati all'autorità ministeriale la quale può effettuare la gestione o direttamente, o per mezzo di persone fisiche o giuridiche, che diano adeguata garanzia di idoneità. L'attività di organizzazione e di esercizio di giochi di abilità e concorsi pronostici integra, così, un servizio pubblico che può essere dato, mediante concessione, in gestione a terzi (in termini, Cass. civ., sez. un. civ., n. 4994/2003).

Una volta accertato che la concessione-contratto disciplinante l'affidamento del servizio pubblico, prevedeva l'esercizio del potere di vigilanza e di controllo da

parte del concedente, l'esistenza di tale potere comporta la configurabilità di un rapporto nel quale quel potere si colloca e viene esercitato, non essendo la sussistenza del potere concepibile senza la soggiacente relazione di cui alla concessione.

Se a ciò si aggiunge che l'affidamento del pubblico servizio implica l'esercizio da parte della P.A. concedente di poteri di vigilanza e controllo, tale potere di controllo comporta l'esistenza di una relazione tale da radicare la responsabilità ai sensi dell'art. 2049 c.c., e la conseguenza è che la pretesa derivante da un debito (in questo caso della 'casa di scommesse') può essere fonte di responsabilità per chi non ha valutato la rispondenza alle norme del contegno del soggetto debitore nell'esercizio dell'attività di gioco.

Insomma, a ben vedere, anche in questa particolare vicenda, un atteggiamento tutt'altro che di disfavore verso il gioco e, piuttosto, una attenzione alla tutela del credito del giocatore, anche nei confronti del controllore/vigilante del debitore principale.

Il tutto con la conseguenza che discorrere del gioco quale fattispecie rimessa alla mera regola del rapporto verticale di stampo pubblicistico è una visione distorta della realtà che, invece, in vera plurime trame di rapporti, spesso tra soggetti pari ordinati e/o valutati tali.

E sulla deviazione dal modello autoritario di stampo pubblicistico (nel senso che: si dettano le regole dell'esercizio dell'attività, eventualmente vietandone alcune modalità, e si punisce, in sede amministrativa o penale, chi le trasgredisce) si situano le regole di diritto privato alle quali è tradizionalmente assegnato il ruolo limitato di disciplinare le conseguenze giuridiche del fatto (gioco d'azzardo), accordando o meno una specifica tutela alle pretese da esso derivanti.

Non vi è dubbio che, in questa prospettiva di disciplina *ex post* del fatto, la regolazione civilistica sia decisamente scarna se contrapposta all'articolato *corpus* normativo di diritto pubblico (in senso lato) (sulla cui farraginosità, Paradiso 2006), con l'effetto che la sensazione sia quella di un completo passo indietro del diritto civile rispetto alla tematica in esame.

In verità, i campi di intervento del diritto privato non possono essere sotto-stimati e ciò emerge con chiarezza (almeno) in una duplice prospettiva: quella del risolvere i conflitti nella definizione degli effetti giuridici del debito contratto nell'ambito del gioco d'azzardo e quella degli strumenti a tutela del giocatore quale soggetto vulnerabile e, dunque, da proteggere rispetto alla possibilità di contrarre nuovi e futuri (prevedibili) debiti assunti per il motivo in discussione.

2. Il debito di gioco e l'assenza di azione

Un primo spaccato della vivacità degli istituti privatistici nel settore in indagine è dato dal tema dei mutui erogati ai giocatori dalle case da gioco autorizzate.

Il tema, già oggetto in passato di un corposo dibattito nella letteratura giuridica (Balestra 2011; Moscati 2007; Valsecchi 1970; Funaioli 1961; Santoro-Passarelli 1941), nell'attualità assume una centralità sociale in ragione della diffusione del disturbo da gioco d'azzardo patologico, quale reazione alla precarietà della situazione economica delle fasce più deboli (Nicolussi 2019, 10).

Tra gli studiosi ci si è a lungo interrogati in merito alla possibilità che al mutuante spettasse o meno l'azione *ex mutuo* per ripetere le somme date in prestito al fine di consentire al mutuatario di giocare e scommettere o di continuare a svolgere le sue attività ludiche.

Storicamente la dottrina si è divisa tra una teoria più risalente e restrittiva, ed una più recente e permissiva. La prima posizione assume a fondamento l'idea per cui il collegamento (o, se si vuole, l'accessorietà) del contratto di mutuo ad un negozio avente causa illecita (il contratto di gioco o di scommessa) non può avere altro esito giuridico che la nullità e ciò indipendentemente dal fatto che il gioco praticato sia proibito, tollerato o anche legalmente autorizzato. In una diversa (e contrapposta) ottica, viceversa, si è ritenuto che solo quando possa costruirsi un collegamento negoziale tra finanziamento e contratto di gioco vietato dalla legge, la partecipazione al gioco assumerebbe le forme del motivo illecito, comune a entrambe le parti, perché dirimente ai fini della conclusione del primo negozio, al quale dovrebbe applicarsi il disposto dell'art. 1345 c.c.

Non può tacersi il dato per cui la posizione della dottrina maggioritaria si pone nella logica di reputare, in linea di principio, validi i contratti di finanziamento collegati a quelli di gioco e ciò innanzitutto in considerazione del superamento dei preconcetti morali che da sempre hanno accompagnato le attività ludiche a cui, anche sulla scorta della giurisprudenza europea e penale richiamata, oggi è definitivamente riconosciuto carattere neutro, come si è visto in precedenza.

Il tutto con la precisazione che l'impostazione descritta subisce una deroga allorquando la concessione di un'azione *ex mutuo* al giocatore renderebbe indirettamente azionabile il credito di gioco con una intollerabile compromissione del principio della *denegatio actionis* sancito nell'art. 1933 c.c. ovvero, secondo diversa impostazione, una elusione delle norme da configurarsi quale ipotesi di negozio in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.

Nel senso indicato si è mossa pure la giurisprudenza, la quale ha ritenuto che l'estensione della disciplina riguardante i contratti di gioco ai mutui che risultino a questi collegati si giustifica solo in quanto la dazione di danaro o di fiches, la promessa di mutuo, il riconoscimento del debito ecc., costituiscano mezzi funzionalmente connessi all'attuazione del gioco o della scommessa e siano, quindi, tali da realizzare fra i giocatori le stesse finalità pratiche del rapporto di gioco; deve, cioè, concorrere un interesse diretto del mutuante a favorire la partecipazione del mutuatario al giuoco o per la rivincita che il primo si augura di realizzare a danno del secondo, partecipando egli stesso al gioco, ovvero per il guadagno connesso a quella partecipazione nell'ipotesi che il mutuo sia accordato dalla casa organizzatrice di quell'attività, moralmente e socialmente disapprovata (Cass. civ., sez. II, n. 2053/2024; Cass. civ., sez. II, n. 17686/2019; Cass. civ., sez. III, n. 14375/2019; Cass. civ., sez. I, n. 21712/2015; Cass. civ., sez. III, n. 7694/2014).

In questi casi è, infatti, plausibile rinvenire un collegamento funzionale tra il gioco e il mutuo, il quale si pone come strumento che attua il fine di gioco, cosicché il credito vantato troverà la sua reale causa giustificativa, non già nel mutuo, bensì nel contratto di gioco o di scommessa. Attuato con queste modalità

il prestito al debitore-giocatore è funzionalmente collegato alla giocata, con la necessaria conseguenza per cui le vicende dell'uno (gioco o scommessa) si ripercuotono su quelle dell'altro (mutuo), condizionandone l'efficacia.

Per converso, allorché il mutuante non sia a confronto del mutuatario in una determinata partita, né partecipi insieme a questo ad un gioco collettivo di azzardo, la causa del negozio di mutuo non risulta alterata da un suo collegamento diretto con il contratto di gioco, quale ragione stimolante a concedere il prestito; in tal caso, la sola consapevolezza del mutuante che la somma data in mutuo sarà impiegata dal ricevente nel giuoco non basta ad attirare nell'area dei debiti di giuoco un negozio tipico diverso per effetto di un supposto motivo illecito determinante, comune ad entrambi i contraenti (sulla stessa linea si collocano i precedenti di Cass. civ., sez. I, n. 4209/1992; per un caso di prestiti tra giocatori, ma senza coinvolgimento del mutuante nel rapporto di gioco, e di Cass. civ., sez. III, n. 2386/2008 e Cass. civ., sez. III, n. 12752/1999, nelle quali si esclude qualsiasi collegamento funzionale al prestito concesso dal terzo, successivamente alla giocata, per pagare il debito di gioco).

In sostanza, la giurisprudenza demanda all'accertamento in fatto della causa concreta della complessiva operazione negoziale realizzata dalle parti, la sussunzione del rapporto di finanziamento o di mutuo della somma concessa al giocatore, nello schema legale del gioco o della scommessa *ex art. 1933 c.c.*, che si verifica soltanto quando si accerti: i) la diretta compartecipazione del mutuante nel gioco svolto con il mutuatario (condivisione del rischio); ii) l'interesse economico diretto del mutuante al risultato dell'attività del mutuatario.

Diversamente detto, affinché il prestito di denaro possa essere ricondotto alla posta di gioco, occorre che il mutuante venga «a partecipare direttamente al giuoco» in antagonismo con il mutuatario, o comunque, unitamente a quello in quanto, pur non effettuando direttamente la giocata, sia in qualche modo anch'egli effettivo destinatario del risultato del gioco (abbia scelto cioè di correre l'alea tipica del gioco di azzardo). Pertanto, più che allo schema dei contratti collegati il fenomeno rilevato evidenzia aspetti analoghi alla figura del contratto complesso che si contraddistingue per la esistenza di una causa unica, la quale si riflette sul nesso intercorrente tra le varie prestazioni con un'intensità tale da precludere che ciascuna delle predette prestazioni possa essere rapportata ad una distinta causa tipica e faccia sì che le predette prestazioni si presentino tra loro organicamente interdipendenti e tendenti al raggiungimento di un intento negoziale oggettivamente unico (Cass. civ., sez. II, n. 14372/1999; Cass. civ., sez. III, n. 14611/2005).

Insomma, il prestito perde la causa tipica del mutuo e la causa concreta viene interamente assorbita nel fatto-gioco (nella creazione della posta la cui vincita o perdita è il risultato finale dell'attività del giocatore che riveste un rilievo 'acausale', di mero fatto). In tale circostanza il prestito della somma è, infatti, esclusivamente funzionale a far giocare non soltanto il giocatore-mutuatario ma anche il soggetto-mutuante.

Al contrario, ove il mutuante non assuma anche il rischio del risultato del gioco, il nesso relazionale tra la prestazione della somma data a mutuo e l'im-

piego della stessa per partecipare al gioco si esaurisce sul piano meramente teleologico, permanendo il mutuo quale autonomo negozio giuridico dotato di propria causa; relazione che può evidenziare finanche un diretto interesse del mutuante ad incentivare il mutuatario alla partecipazione al giuoco d'azzardo (nel caso di istituto di credito o finanziario tale interesse bene può consistere nella speranza di ritrarre maggiori utili dalla reiterazione di ulteriori richieste di finanziamento a titolo oneroso concesso al debitore in caso di perdita delle somme al giuoco), ma che per ciò solo non determina alcuna 'partecipazione' anche del mutuante al 'rapporto di giuoco', essendo irrilevante a tal fine la mera consapevolezza della destinazione finale delle somme prestate (così già Cass. civ., sez. III, n. 4001/1986).

In questo quadro piuttosto consolidato a livello dottrinale e giurisprudenziale, si innesta la vicenda dei contratti di mutuo conclusi da giocatori ludopatici e collegati tanto a giochi tollerati o praticati all'interno di casinò legalmente autorizzati, quanto a contratti aventi ad oggetto scommesse sportive o l'acquisto di tagliandi di lotterie autorizzate.

Una volta che si assuma la dipendenza da gioco d'azzardo tra le dipendenze patologiche che, a seguito del c.d. decreto Balduzzi (d.l. n. 158/2012), rientrano tra le situazioni di morbilità che danno luogo alla presa in carico da parte del Servizio sanitario nazionale a fini di cura e riabilitazione, allora il problema civilistico si sposta sulla condizione di chi è preso dalla 'febbre' del gioco.

Sebbene lo sforzo interpretativo della giurisprudenza – che ha consentito di estendere ai giochi svolti all'interno dei casinò legalmente autorizzati la disciplina prevista esclusivamente per quelli tollerati dall'art. 1933 c.c. – sia stato compiuto al solo fine di negare l'azione giudiziaria volta ad ottenere il pagamento di somme prestate al giocatore per consentirgli di proseguire a giocare d'azzardo, un diverso angolo visuale può essere proposto con riguardo alla possibilità di invocare anche il secondo comma dell'articolo in questione, il quale completa il disposto normativo ammettendo la ripetizione di quanto versato dal giocatore nelle ipotesi in cui questo si trovi in uno stato di incapacità di intendere e di volere.

Così ragionando si potrebbe congetturare la possibilità che il giocatore che abbia provveduto a corrispondere quanto dovuto unicamente per poter continuare a giocare e scommettere, possa invocare la ripetizione di quanto prestatato alla stregua dell'art. 1933, comma 2, c.c., dando prova, cioè, che tanto l'assunzione del debito, quanto il successivo adempimento, siano conseguenti ad un suo stato di incapacità di intendere e di volere dovuto ad un disturbo di tipo compulsivo legato al gioco.

Tale soluzione sarebbe particolarmente utile per i giocatori affetti dal c.d. «gioco d'azzardo patologico», non dichiarati giudizialmente incapaci, i quali vedrebbero, in tal modo, di gran lunga alleggerita la loro posizione processuale, non essendo più tenuti a dover dare la prova di tutti i presupposti richiesti dall'art. 428 c.c., vale a dire, oltre al loro stato di incapacità, al pregiudizio subito e alla mala fede della casa da gioco.

L'interpretazione potrebbe spingersi non solo ai contratti di mutuo funzionalmente collegati a quelli di gioco e di scommessa tollerati o a quelli praticati

all'interno delle case da gioco legalmente autorizzate, ma anche alle scommesse sportive (art. 1934 c.c.) che sono, invece, assistite da azione giudiziaria. Tale soluzione consentirebbe al giocatore affetto da disturbo da gioco d'azzardo patologico di ottenere la ripetizione di quanto spontaneamente pagato in adempimento dell'obbligazione di restituire la somma mutuata in occasione della puntata, limitandosi a dimostrare la sua sola incapacità naturale al momento della conclusione del contratto.

A favore di questa impostazione – che avrebbe il risultato di permettere al soggetto affetto da g.a.p. di avvalersi della più agevole strada segnata dall'art. 1933, comma 2, c.c., a dispetto di quella prevista dall'art. 428 c.c. – si può evocare il disposto di cui al primo comma dell'art. 1934 c.c. che esclude il richiamo al solo primo comma dell'art. 1933 c.c., lasciando così intendere che, per converso, sia applicabile anche alle scommesse sportive la previsione di cui al secondo comma dell'art. 1933 c.c. in virtù del quale se il debitore ha adempiuto trovandosi in uno stato di incapacità è legittimato a ottenere la restituzione di quanto pagato (Musio 2019, 1489).

Ciò posto, la strada dell'incapacità quale strumento per evitare la *soluti retentio* sembra avere cittadinanza nei casi di cui all'art. 1933 e all'art. 1934 c.c., mentre la possibile estensione al caso delle lotterie autorizzate (art. 1935 c.c.) è meno praticabile.

Non vi è dubbio che l'estensione dell'art. 1933, comma 2, c.c. avrebbe per il giocatore patologico l'effetto anzidetto (ripetere quanto spontaneamente pagato in occasione della conclusione della scommessa ovvero quanto corrisposto a titolo di restituzione della somma presa a mutuo dal gestore della ricevitoria per continuare a giocare, solo mediante la dimostrazione della propria incapacità di intendere e volere), ma, mentre l'art. 1934 c.c. offre uno spunto disciplinare in tal senso, l'art. 1935 c.c. tace, con la conseguenza che dovrebbe ipotizzarsi l'applicazione dell'art. 1933, comma 2, c.c., ma non l'art. 1933, comma 1, c.c.

In altri termini, si tratterebbe di distinguere nell'art. 1933 c.c. due disposizioni del tutto autonome tra loro e assolutamente sganciate l'una dall'altra, di cui l'una – il secondo comma – a portata generale.

In realtà, il meccanismo previsto dal codice civile nell'art. 1933 c.c. è esattamente corrispondente a quello predisposto in tema di obbligazioni naturali, sprovviste anch'esse di un'azione giudiziaria per consentire al creditore di conseguire quanto dovuto in base ad una regola morale o sociale, ma assistite dalla *soluti retentio* in caso di spontaneo adempimento da parte del debitore, a condizione, però, che questi non versi in uno stato di incapacità di intendere e di volere (art. 2034, comma 1, c.c.).

La mancata ripetibilità delle somme versate dal debitore in stato di capacità non è altro che il contraltare della limitazione imposta al creditore, al quale non è assegnata una azione per ottenere il pagamento. Ne consegue, ragionando a contrario, che allorquando la legge abbia previsto la possibilità di agire giudizialmente per far valere un proprio diritto, come nel caso dell'art. 1935 c.c., il meccanismo del *nec actio nec repetitio* non ha alcuna ragione di esistere, residuando, in ogni caso, in capo al contraente in stato di incapacità il rimedio generale

contemplato nell'art. 428 c.c., a meno che, naturalmente, non sia il legislatore a prevederlo specificamente come nel caso delle scommesse sportive.

3. Il disturbo da gioco di azzardo quale motivo di apertura dell'amministrazione di sostegno

La discussione sulla capacità di intendere e volere del giocatore patologico apre lo scenario a forme di tutela *de futuro*, che guardano alla prospettiva di porre un limite alla possibilità di contrarre nuovi debiti connessi alla patologia in discussione.

In questa ottica, il terreno di confronto diviene quello delle misure a tutela della vulnerabilità di un soggetto debole e, nella specie, del soggetto che abbia la propensione a spendere i propri denari (Pescara 1997; Trabucchi 1980).

A questo riguardo, giova il riferimento alla (non univoca) elaborazione giurisprudenziale formatasi in materia di prodigalità, quale causa di inabilitazione della persona (art. 414, comma 2, c.c.).

Un primo orientamento ritiene rilevante al fine del provvedimento di inabilitazione la c.d. obiettiva prodigalità. In particolare – ribadendo un orientamento risalente nel tempo secondo cui la prodigalità è un comportamento abituale caratterizzato da larghezza nello spendere, nel regalare o nel rischiare, eccessiva rispetto alle proprie condizioni socio-economiche ed al valore oggettivamente attribuibile al denaro (in tal senso già Cass. civ., sez. I, n. 6805/1986) – la giurisprudenza configura una autonoma causa di inabilitazione, ai sensi dell'art. 415 comma 2, c.c., indipendente da una sua derivazione da specifica malattia o comunque infermità e, quindi, anche quando si traduca in atteggiamenti lucidi, espressione di libera scelta di vita, purché sia ricollegabile a motivi futili (ad esempio, frivolezza, vanità, ostentazione del lusso, disprezzo di coloro che lavorano, dispetto verso vincoli di solidarietà familiare) (Cass. civ., sez. I, n. 36176/2023; Cass. civ., sez. I, n. 786/2017).

Secondo una diversa impostazione la prodigalità suppone *in primis* la patologia mentale, che espone la persona al rischio di un danno economico, dato che la sola compromissione del patrimonio familiare non sarebbe sufficiente a giustificare il provvedimento limitativo della capacità di agire, quando l'attività del soggetto risponde ad una consapevole scelta sicché la sua autonomia non potrebbe essere limitata, anche se risulti compromessa la consistenza patrimoniale (per i prodromi del ragionamento vedi già Cass. civ., sez. I, n. 1680/1980).

In questa prospettiva la prodigalità, giustificativa dell'inabilitazione della persona a norma dell'art. 415, comma 2, c.c., ricorre qualora il ripetersi di spese disordinate, nonché sproporzionate alla consistenza patrimoniale della persona medesima, sia ricollegabile non a mera cattiva amministrazione, ovvero incapacità di impostare e trattare vantaggiosamente i propri affari, bensì ad una alterazione mentale, che escluda o riduca notevolmente la capacità di valutare il danaro, di risolvere problemi anche semplici di amministrazione, di cogliere il pregiudizio conseguente allo sperpero delle proprie sostanze (Bonilini 2007, 71). Tutto ciò nell'ottica costituzionale di riconsiderazione della persona uma-

na, del rispetto della dignità dell'uomo e del divieto di discriminazione della persona per condizioni personali o scelte di vita da essa emergenti, che imporrebbe una profonda revisione della concezione tradizionale dell'inabilitazione per prodigalità.

Nella visione appena riferita, se la prodigalità *ex art.* 415 c.c. è una malattia mentale, per logica conseguenza, al prodigo dovrebbe preferirsi assegnare un amministratore di sostegno col potere di limitare l'assunzione delle obbligazioni e di fissare un limite massimo di spesa (art. 405 c.c.), laddove la persona non sia in grado di curare i propri interessi, in quanto il suo comportamento è idoneo ad arrecare pregiudizio patrimoniale per effetto del compimento di atti depauperativi.

Questo orientamento dottrinale è condiviso da una parte della giurisprudenza di merito, per la quale i comportamenti di dilapidazione del proprio patrimonio personale legittimano la nomina di un amministratore di sostegno solo laddove essi esponcano a conseguenze dannose le persone verso cui il beneficiario è responsabile e ciò in quanto ricorra la malattia mentale (Trib. Modena, sez. II, 3.11.2017; Trib. Modena, sez. II, 20.2.2008). Il che lascia aperta la porta della capacità per il prodigo il quale sperperi il proprio patrimonio e non sia affetto da patologia mentale di sorta, al quale nell'ottica di tutela della persona che pervade il nostro ordinamento, secondo una prospettiva costituzionalmente orientata di protezione della dignità e libertà umana, in tutte le sue forme e manifestazioni, anche in quella di sperpero, potrebbe non essere giustificato nominare un amministratore di sostegno (Brizzolari 2018, 1303, per il quale non si tratterebbe di sindacare le scelte consapevoli di un soggetto e sottoporlo a giudizio di valore, ma, più semplicemente, di evitare che si sottragga a obblighi di legge).

Nel contrasto tra le posizioni evocate, guardando al problema sotto la luce della ludopatia, un momento di riflessione può essere rappresentato dal caso deciso dalla Suprema Corte in cui si è ritenuto possibile applicare la misura dell'amministrazione di sostegno per prodigalità nei confronti del soggetto che spende in «gratta e vinci» cifre esorbitanti rispetto alle proprie disponibilità economiche. La Corte di Cassazione ha così dato il via libera all'amministratore di sostegno per una madre che, anche in assenza di una malattia, aveva contratto una pluralità di prestiti (un mutuo Inps con cessione del quinto della pensione, un prestito di quaranta mila euro con la figlia e altri piccoli debiti) per l'acquisto di «gratta e vinci» (Cass. civ., sez. I, n. 5492/2018).

In questo caso, dunque, al di là dell'accertamento o meno della dipendenza, si è proceduto all'assegnazione di una forma di salvaguardia in ragione della dannosità del contegno della giocatrice.

Riportando a sistema l'impostazione giurisprudenziale in tema di prodigalità e le sue applicazioni al giocatore patologico, quel che emerge in modo condiviso tra le corti e la letteratura giuridica è che l'amministrazione di sostegno possa essere indicata come lo strumento preferibile e il procedimento che la presuppone, una volta ammesso che il disturbo da gioco d'azzardo sia ormai pacificamente riconducibile a una patologia mentale/comportamentale, si struttura esclusivamente sull'accertamento della patologia, risultando l'esigenza protettiva una mera conseguenza (Grieco 2021; Iurilli 2017).

Il dibattito intessuto in tema di prodigalità allora assume interesse relativo: chi spende in quanto affetto da disturbo da gioco d'azzardo è certamente un soggetto che, previo accertamento di tale stato, merita protezione e l'amministrazione di sostegno rappresenta il mezzo più idoneo, sia per la funzione protettiva avverso gli atti patrimoniali, sia per la potenziale funzione rieducativa che può assumere, quale strumento finalizzato a fare riacquistare al giocatore la propensione al risparmio e vigilare sulla gestione del suo patrimonio, imponendo soglie limite di spesa nell'ottica di un riacquisto della capacità di gestire il denaro e di una riduzione della propensione al gioco.

Una complessità di funzioni che, per quanto tutte compatibili con l'amministrazione di sostegno, spesso si scontra con la pratica dell'istituto, fatta di formalità e mancante di un progetto *ad hoc* sulla persona del beneficiario, costruito sulle particolarità della sua condizione e sulle sue specifiche necessità di cura e riabilitazione. In questo senso l'amministrazione di sostegno rimane strumento prevalentemente orientato ad una tutela patrimoniale (sebbene in misura minore rispetto ad interdizione e inabilitazione), tralasciando gli aspetti della riabilitazione e cura di cui necessità il soggetto affetto da g.a.p.; cura che coinvolge competenze interdisciplinari che non sempre varcano le soglie dei tribunali, ma che dovrebbero essere coinvolte sin da subito in un percorso di accompagnamento verso nuovi orizzonti di vita per il c.d. ludopatico.

Insomma, il diritto civile non volta le spalle al soggetto affetto da disturbo da gioco d'azzardo, sebbene affidi la sua salvaguardia a strumenti pensati in altri tempi e per altre problematiche; ma rispetto a questi limiti al solo legislatore spetta il compito di porre rimedio, nella consapevolezza che le esigenze di bilancio dello Stato non possano essere una ragione che giustifichi una contrazione dell'attuazione dell'art. 32 Cost.

Riferimenti bibliografici

- Agrifoglio, Giangabriele. 2016. *Il gioco e la scommessa tra ordinamento sportivo e pubblici poteri*. Napoli: Jovene.
- Balestra, Luigi, 2011. "Il giuoco e la scommessa nella categoria dei contratti aleatori". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 3: 665-692.
- Bonilini, Giovanni. 2007. "Tutela delle persone prive d'autonomia e amministrazione di sostegno." In *L'amministrazione di sostegno*, a cura di Giovanni Bonilini, e Augusto Chizzini, 71 ss. Milano: Cedam.
- Brizzolari, Valerio. 2018. "Amministrazione di sostegno per il soggetto affetto da ludopatia." *Nuova giurisprudenza civile commentata* 34, 4: 1298-307. <<https://biblio.liuc.it/scripts/essper/ricerca.asp?tipo=scheda&codice=11365900>>.
- Ferri, Giovanni Battista. 1974. "La «neutralità» del gioco." *Rivista di diritto commerciale* 1, 2: 28 ss. <<https://www.rivistadeldirittocommerciale.com/fascicoli/1974-numero-1-2/36737-la-neutralita-del-gioco>>.
- Funaioli, Carlo Alberto. 1961. *Il giuoco e la scommessa. Terza edizione riveduta e corretta*. Torino: Utet.
- Grieco, Sarah. 2021. *Gli strumenti giuridici nella cura delle dipendenze: il disturbo da gioco d'azzardo*. Milano: Wolters Kluwer.

- Iurilli, Cristiano, 2017. “L’amministrazione di sostegno: poteri e funzioni in tema di giochi, scommesse e ludopatia.” *Diritto di famiglia e delle persone*, 1: 221 ss.
- Marotta, Giulio. 2019. “Gli interventi di contrasto del disturbo da gioco d’azzardo (DGA): analisi della normativa e della giurisprudenza.” *Corti supreme e salute* 1: 159-77. <http://www.cortisupremeesalute.it/wp-content/uploads/2019/10/6_-_Gli-interventi-di-contrasto-del-disturbo-da-gioco-d-azzardo-1.pdf>.
- Modica, Lara. 2018. “Del giuoco e della scommessa: artt. 1933-1935.” In *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Piero Schlesinger, diretto da Francesco Donato Busnelli, 186 ss. Milano: Giuffrè.
- Moscato, Enrico, 2007. “Gioco e scommessa.” In *Trattato di diritto privato*, a cura di Pietro Rescigno, 121 ss. Torino: Utet.
- Musio, Antonio. 2019. “Mutuo di gioco e incoercibilità della prestazione.” *Corriere giuridico* 12: 1483-90. <<http://hdl.handle.net/11386/4733889>>.
- Nicolussi, Andrea. 2019. “Etica del contratto e lo spot contract del gioco. Spunti per una direttiva di tutela.” *Ius* 2: 5-23. https://doi.org/10.26350/004084_000038
- Nivarra, Luca. 1995. “Obbligazione naturale.” *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XII. Torino: Utet.
- Paradiso, Massimo. 2006. “Giuoco, scommessa, rendite.” *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, 192 ss. Torino: Utet.
- Pescara, Renato. 1997. “Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici.” In *Trattato di diritto privato*, a cura di Pietro Rescigno, 583 ss. Torino: Utet.
- Santoro-Passarelli, Francesco. 1941. “Gioco e scommessa – Mutuo per gioco.” *Rivista di diritto civile*: 470 ss.
- Trabucchi, Alberto. 1980. “L’alterazione mentale nella prodigalità dell’inabilitando.” *Giurisprudenza italiana* I: 966 ss.
- Valsecchi, Emilio. 1986. *Il giuoco e la scommessa. La transazione*. Milano: Giuffrè.
- Vesto, Aurora. 2017. “La ludopatia: il pendolo del rimedio tra incapacità e equilibrio.” *Rivista italiana di medicina legale*: 1417 ss.

Elenco delle sentenze

- Cass. civ. sez. VI, n. 12364/2016.
- Cass. civ. sez. I, n. 1163/2013.
- Cass. civ. sez. I, n. 16511/2012.
- Cass. civ. sez. III, n. 4026/2018.
- Cass. civ. sez. un. civ., n. 4994/2003.
- Cass. civ. sez. II, n. 2053/2024.
- Cass. civ. sez. II, n. 17686/2019.
- Cass. civ. sez. III, n. 14375/2019.
- Cass. civ. sez. I, n. 21712/2015.
- Cass. civ. sez. III, n. 7694/2014.
- Cass. civ. sez. I, n. 4209/1992.
- Cass. civ. sez. III, n. 2386/2008.
- Cass. civ. sez. III, n. 12752/1999.
- Cass. civ. sez. II, n. 14372/1999.
- Cass. civ. sez. III, n. 14611/2005.
- Cass. civ. sez. III, n. 4001/1986.
- Cass. civ. sez. I, n. 6805/1986.
- Cass. civ. sez. I, n. 36176/2023.
- Cass. civ. sez. I, n. 786/2017.

- Cass. civ. sez. I, n. 1680/1980.
Cass. civ. sez. I, n. 5492/2018.
Cass. pen. sez. III, n. 18767/2012.
Cass. pen. sez. III, n. 43955/2016.
Corte di Giustizia, sez. V, n. 243/2003.
Corte di Giustizia, sez. V, n. 338/2007.
Corte di Giustizia, sez. IV, n. 186/2013.
Corte di Giustizia, sez. III, n. 375/2016.
Corte di Giustizia, sez. IV, n. 470/2012.
Corte di Giustizia, sez. I, n. 98/2015.
Corte di Giustizia, sez. III, n. 390/2014.
Corte di Giustizia, sez. IV, n. 186/2013.
Corte di Giustizia, sez. I, n. 98/2015.
Corte di Giustizia, sez. II, n. 475/2022.
Trib. Modena, sez. II, del 03/11/2017.
Trib. Modena, sez. II, del 20/2/2008.