

# **DIRITTO CIVILE**

**Prof. GIOVANNI FURGIUELE**

**Lezioni a cura della Dott.ssa Giulia Tesi**

## **CAPITOLO 6**

### **ORDINE PUBBLICO E BUON COSTUME**

|                                                                                                                           |                 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| <b>1. I concetti di ordine pubblico e di buon costume.....</b>                                                            | <b>pag. 200</b> |
| <b>2. Utilizzo normativo dei concetti di ordine pubblico e buon costume.....</b>                                          | <b>pag. 202</b> |
| <b>3. Ordine pubblico e buon costume come criteri di giudizio.....</b>                                                    | <b>pag. 208</b> |
| <b>4. Rilevanza giurisprudenziale dei principi di ordine pubblico e buon costume.....</b>                                 | <b>pag. 209</b> |
| <b>4.1. Contratto e circonvenzione d'incapace: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 7785 del 2016.....</b> | <b>pag. 210</b> |
| <b>4.2. I contratti di giuoco e scommessa: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 14288 del 2015.....</b>    | <b>pag. 214</b> |
| <b>4.3. Ordine pubblico e clausole <i>claims made</i>: Cassazione n. 10506 del 2017.....</b>                              | <b>pag. 218</b> |

## CAPITOLO 6

### ORDINE PUBBLICO E BUON COSTUME

#### **1. I concetti di ordine pubblico e di buon costume.**

L'ultimo argomento che trattiamo in riferimento ai principi è qualcosa di cui avrete spesso sentito parlare, infatti, quando si considerano attività che vengono realizzate da un punto di vista tecnico, si parla molte volte di situazioni legate all'ordine pubblico e al buon costume.

La valutazione di ciò che caratterizza queste ipotesi sembra, in prima analisi, immediata: ordine pubblico inteso come criterio di valutazione che, da un punto di vista dell'indicizzazione dei rapporti, è necessario per il mantenimento dello *status quo*; buon costume come valutazione in termini di moralità del comportamento.

Quella appena esposta è solo una valutazione letterale, il problema si pone quando ci dobbiamo calare nella logica dei fatti. Ciò che si fa ricadere all'interno dei principi di ordine pubblico e buon costume non è detto che trovi un'immediata corrispondenza nella situazione di fatto, nel senso che si possono avere comportamenti in una logica contraria all'ordine pubblico e al buon costume.

Per quanto riguarda il concetto di ordine pubblico, esso si fonda su un presupposto indimostrato, ossia quello dell'ordine specifico. Si ha una certa situazione che è allo stato libero, per cui, tutto potrebbe essere contrario ad un certo criterio di ordine e, quindi, tutto potrebbe rientrare nell'ambito della violazione dell'ordine pubblico. Se così fosse, evidentemente, avremmo davanti una situazione di moltiplicazione di stati di fatto, divergenti dalla logica dell'ordine pubblico.

Il medesimo discorso vale anche per il concetto di buon costume. Anch'essa è una valutazione contingente sullo stato delle cose, dal punto di vista di ciò che è richiesto dai cosiddetti criteri di moralità. Si rientra nell'ambito del rispetto del buon costume quando il comportamento è conforme alla logica della moralità. Viceversa, quando il comportamento risulta contrario a tale logica, si genera il conflitto che può essere di due tipi. Se il conflitto tende a manifestare qualche cosa che è contrario alla logica del buon costume, diventa un comportamento di inadempienza alla regola. Ciò non impedisce che, chi pone in essere una certa condotta, possa ispirare la sua logica dei rapporti in una valutazione che non è quella del buon costume, ma è diversa e personale.

Questa premessa iniziale mette ci fa comprendere il mistero che aleggia nella valutazione dei concetti di ordine pubblico e buon costume: si dà una spiegazione di certi rapporti richiamando i principi di ordine pubblico e buon costume, ma non significa che quella sia la regola obbiettivamente seguita da tutti. Si dà, semplicemente, una spiegazione, una motivazione a determinati comportamenti.

In questo senso, considerando anche i principi precedentemente analizzati, si comprende come si affronti una scala discendente che ci porta verso l'oscuro.

La buona fede, come abbiamo visto, significa valutazione di un comportamento nella linea di ciò che si ritiene corretto e dovuto. Si valuta, quindi, la condotta del soggetto che deve comportarsi nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza. Se l'individuo agisce al di là della linea della correttezza, a suo carico, maturerà un titolo di responsabilità per il risarcimento dei danni che il suo comportamento di mala fede ha prodotto nei confronti della controparte.

L'equità è più difficile da definire. Nel capitolo quarto, abbiamo inquadrato il fenomeno nel senso di ritenere l'equità un criterio di apprezzamento di un certo comportamento.

Per quanto riguarda l'abuso del diritto, anch'esso costituisce un criterio di valutazione di una certa condotta. Attualmente, esso rappresenta un criterio valutativo generalizzato che assume rilevanza non soltanto nell'ambito del diritto civile, ma in tutti i settori dell'ordinamento giuridico.

Quando si parla di ordine pubblico e buon costume si va, sempre più, verso l'oscuro di concetti che non sono di facile individuazione. Tali principi, infatti, sono richiamati dal giudice che emette una sentenza sulla base del concetto proprio di ordine pubblico e buon costume, senza, però, sapere niente del loro specifico significato. Nella sostanza, al di là dei parametri generali sopra richiamati, non esiste un concetto giuridico specifico e delimitato di ordine pubblico e di buon costume. Si fa riferimento a queste due ipotesi richiamandole letteralmente, però, ciò sarebbe plausibile solo se tutti avessimo un analogo concetto di ordine pubblico e di buon costume.

## **2. Utilizzo normativo dei concetti di ordine pubblico e buon costume.**

Il discorso fatto finora inizia ad acquistare un senso più concreto nel momento in cui si fa riferimento alle menzioni normative dei concetti di ordine pubblico e di buon costume.

Iniziamo con l'ordine pubblico. A livello storico, il concetto di ordine pubblico trae la sua origine grazie all'opera di Domat; la sua immagine concreta si definisce con il *Code Civil* francese del 1804 che esalta e comprende al suo interno il suddetto concetto.

*Le menzioni  
normative del  
concetto di ordine  
pubblico*

La prima espressione, di carattere letterale, in cui compare il concetto di ordine pubblico è contenuta nell'ambito della legge, n. 218, del 31 maggio 1995 – *“Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”*.

In particolare, con riguardo al diritto applicabile, nell'ambito delle disposizioni generali, l'articolo 16 – *“Ordine pubblico”* – stabilisce, al primo comma, che la legge straniera *«non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico»*.

Pertanto, nel rapporto fra ordinamenti giuridici diversi, nel momento in cui si debba dare ingresso, all'interno dello Stato italiano, ad una normativa proveniente da uno Stato straniero, si pone il limite del rispetto dell'ordine pubblico.

Quella che emerge dalla norma in commento è una valutazione estremamente interessante anche perché il legislatore avrebbe potuto adottare una diversa soluzione, scegliendo, per esempio, di adottare la normativa straniera in maniera automatica senza nessun riferimento al concetto di ordine pubblico.

Il legislatore del 1995, viceversa, ha scelto di valorizzare il criterio dell'ordine pubblico, subordinando l'applicabilità della legge straniera al rispetto del suddetto criterio. In questo modo, il concetto di ordine pubblico viene posto al vertice del sistema ed assume rilevanza come valutazione giudiziale di un certo genere di atteggiamento, per cui, nel conflitto che può determinarsi fra uno Stato e l'altro, nel momento di dare ingresso alla normativa straniera si pone come limite all'applicabilità della suddetta normativa.

Al secondo comma dell'articolo 16 si aggiunge che, in caso di contrarietà all'ordine pubblico, *«si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la*

*medesima normativa*”. Ed ancora: *“In mancanza si applica la legge italiana»*.

La lettera dell'articolo 16, però, non ci dice niente in merito all'effettivo significato del concetto generale di ordine pubblico. Anche in questo caso, diviene fondamentale l'attività svolta in sede interpretativa che offre una valutazione della normativa straniera e stabilisce se, a suo giudizio, essa rispetta o meno il limite dell'ordine pubblico.

Nell'ambito più prettamente codicistico, l'ordine pubblico viene richiamato in una serie di disposizioni. In questa sede, ci limiteremo a richiamarne alcune.

Innanzitutto, l'articolo 5 c.c. – *“Atti di disposizione del proprio corpo”* – il quale così recita: *«Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume»*.

*Art. 5 c.c.*

La disposizione in commento pone dei limiti senza, però, specificare in cosa essi consistono.

In primo luogo, non è facile intuire cosa si debba far rientrare nell'ambito degli *«atti di disposizione del proprio corpo»*. Il discorso si complica ulteriormente nel momento in cui si fa riferimento alla legge e, soprattutto, ai concetti di ordine pubblico e buon costume.

Qual è, quindi, il collegamento fra l'atto di disposizione del proprio corpo ed i concetti suddetti?

Se, ad esempio, un soggetto si taglia un braccio, tale comportamento si pone in contrasto con l'ordine pubblico? La risposta a tale interrogativo, evidentemente, dipende da ciò che l'interprete valuta in termini di ordine pubblico.

In questi termini, l'ordine pubblico è il rivestimento di una determinata decisione che viene pronunciata secondo un'immagine specifica del concetto in questione.

Scendendo nella materia contrattuale, si devono richiamare gli articoli 1343 e 1354 del codice civile.

L'articolo 1343 c.c. – “*Causa illecita*” – si inserisce, come abbiamo visto in altra parte del corso, nell'ambito della valutazione della causa del contratto.

*Art. 1343 c.c.*

Esso stabilisce: «*La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume*».

La norma fa riferimento ad un'ipotesi di illiceità della causa. A fronte dell'illiceità della causa, il singolo contratto non è riconosciuto, all'interno dello Stato, come fonte di uno specifico rapporto giuridico.

In sostanza, quando vi è un conflitto fra la causa contrattuale e una specifica norma imperativa, oppure quando vi è un conflitto fra la causa contrattuale e l'ordine pubblico e il buon costume, il contratto in questione non è riconducibile all'interno dello schema legale.

Anche in questo caso, la valutazione della causa illecita è rimessa all'attività svolta in sede interpretativa. La norma non ci dice quando la causa contrattuale si pone in contrasto con norme imperative, ma soprattutto non ci dice in che termini si pone la contrarietà della causa rispetto all'ordine pubblico e al buon costume.

L'articolo 1343 c.c. introduce tre formule di espressione di un momento di carattere interpretativo, il quale si pone in essere per giudicare l'eventuale riconducibilità, all'interno dello schema normativo, di uno specifico contratto. Tale contratto è ammissibile solo se non confligge con norme imperative, oppure se non confligge con l'immagine che l'interprete ha dell'ordine pubblico e del buon costume.

Rispetto alla causa del contratto, si deve ricordare anche il contenuto dell'articolo 1344 c.c. – *“Contratto in frode alla legge”* – che, come abbiamo già visto, così recita: *«Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa»*.

In questo caso, abbiamo una valutazione negativa del contratto che costituisce un modo per eludere, in maniera furbesca, il contenuto di una specifica norma imperativa.

Si deve anche richiamare il contenuto dell'articolo 1345 c.c. – *“Motivo illecito”* – secondo cui: *«Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe»*.

Art. 1345 c.c.

Il motivo illecito, quindi, costituisce una delle ipotesi che può essere ricondotta, in termini generali, all'interno della situazione che è propria dell'illiceità della causa.

I ragionamenti sopra fatti implicano la necessità di richiamare anche l'articolo 1354 c.c. – *“Condizioni illecite o impossibili”* – che, al primo comma, stabilisce che è nullo il contratto al quale *«è apposta una condizione, sospensiva o risolutiva, contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume»*.

Art. 1354 c.c.

La norma in commento costituisce il mezzo con cui si richiama, all'interno dell'articolo 1354 c.c., il contenuto già espresso nell'ambito dell'articolo 1343.

Per quanto riguarda il buon costume, esso, innanzitutto, ha, rispetto all'ordine pubblico, una diversa origine storica. Esso, infatti, risulta valutato, come criterio di espressione di una formula di giudizio, già in epoca romanistica. Pertanto, già in epoche più risalenti il criterio del buon costume veniva utilizzato per valutare determinati

*Le menzioni normative del concetto di buon costume*

fenomeni sotto la lente d'ingrandimento della moralità del comportamento.

Con riferimento alla considerazione normativa del concetto di buon costume, bisogna, in primo luogo, richiamare il contenuto degli articoli 19 e 21/6 della Costituzione.

L'articolo 19 Cost. così recita: *«Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume».*

Art. 19  
Costituzione

In virtù di tale disposizione, si può avere un giudizio, in ordine all'esercizio di attività in forma religiosa, purché colui che è autore del giudizio non abbia un'immagine del buon costume talmente ampia da ritenere che la medesima attività religiosa sia inammissibile.

Nell'articolo 21 Cost., al comma 6, si stabilisce che sono vietate *«le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume».*

Art. 21/6  
Costituzione

Il concetto di buon costume è, come abbiamo visto, richiamato nell'ambito dei sopra citati articoli 5, 1343 e 1354 del codice civile.

In questa sede, merita un'espressa menzione l'articolo 1418 c.c. – *“Cause di nullità del contratto”* – secondo il quale: *“Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.*

Art. 1418 c.c.

*Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346.*

*Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge”.*

Il concetto di buon costume è, poi, espressamente richiamato nell'ambito dell'articolo 2035 c.c. – *“Prestazione contraria al buon costume”* – e dell'abrogato articolo 308 codice civile.

Nelle norme sopra menzionate si ha il richiamo specifico ai principi di ordine pubblico e buon costume, però, nulla viene detto sul loro significato, niente si dice per guidare l'interprete nella sua attività di interpretazione.

### **3. Ordine pubblico e buon costume come criteri di giudizio.**

Dopo aver fatto una premessa generale, in ordine all'oscurità dei concetti di ordine pubblico e buon costume e dopo aver appurato che non è possibile individuare un concetto giuridico specifico neppure attraverso la lettura delle norme, si può facilmente sostenere che i due principi in esame sono, essenzialmente, criteri di giudizio nel senso della liceità o illiceità di determinati comportamenti e situazioni.

Quello che si pone, nell'ambito di queste ipotesi, è un giudizio complesso e articolato. La valutazione è oscillante perché dipende dall'idoneità di chi pone in essere tale valutazione che darà luogo a risposte diverse anche a seconda del diverso momento storico.

*Variabilità storica  
dei concetti di  
ordine pubblico e di  
buon costume*

Il nostro concetto di ordine pubblico e di buon costume è, infatti, può valere oggi, ma non è detto che sia analogo a ciò che si riteneva proprio di queste situazioni in tempi precedenti. Sotto il profilo storico, si ha, quindi, una moltiplicazione ed una diversificazione delle valutazioni.

L'ordine pubblico e il buon costume sono, quindi, criteri di apprezzamento della linea di condotta di certi soggetti in sede contrattuale.

Quando vi è un conflitto fra situazione contrattuale ed ipotesi di ordine pubblico e buon costume, il contratto viene meno perché si ha una valutazione di carattere negativo.

In questi termini, le due ipotesi in commento non sono altro che modalità di espressione di un criterio di svolgimento dell'attività interpretativa. Non risulta detto, né definendo il concetto di ordine pubblico, né definendo il concetto di buon costume, cosa queste ipotesi esattamente siano.

Si fa riferimento all'ordine pubblico e al buon costume per qualificare una modalità espressiva di una linea di condotta e di apprezzamento di certe specifiche ipotesi. In definitiva, ordine pubblico e buon costume sono formule discorsive con cui si esprime un apprezzamento, in senso lato, di un motivo, al fine di un giudizio di nullità.

*Ordine pubblico e buon costume come criteri di apprezzamento espressi in formule discorsive*

Chiaramente, in un contesto del genere, diventa rilevante la valutazione in sede storicistica. I concetti in esame, come abbiamo già anticipato, potranno avere un'estensione ed un contenuto diversi, a seconda del momento storico di riferimento.

Per esempio, in determinati periodi storici, si dava un'immagine dell'ordine pubblico e del buon costume che veniva tratta da specifiche norme di carattere inderogabile.<sup>1</sup>

#### **4. Rilevanza giurisprudenziale dei principi di ordine pubblico e buon costume.**

I concetti di ordine pubblico e di buon costume e la loro valenza all'interno del sistema giuridico sono meglio compresi se si affianca

---

<sup>1</sup> Per l'individuazione di un concetto specifico di ordine pubblico e buon costume, estremamente significativa è la valutazione di E. Betti, il quale, nonostante la mancanza di un'espressa indicazione normativa, non escludeva che vi potesse essere un'evoluzione in sede interpretativa.

alla valutazione teorica un'indagine pratica delle ipotesi concrete di utilizzo dei concetti in esame.

Per questa ragione, di seguito, verrà proposta l'analisi di alcuni casi giurisprudenziali.

#### **4.1. Contratto e circonvenzione d'incapace: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 7785 del 2016.**

La prima sentenza di cui ci occupiamo è quella della Corte di Cassazione, n. 7785, del 20 aprile 2016.

*Cass. n.  
7785/2016*

La causa riguarda un contratto di compravendita immobiliare caratterizzato da una vicenda piuttosto particolare perché, all'indomani del contratto, si apre un processo in sede penale e le due parti acquirenti vengono condannate per circonvenzione d'incapace commessa ai danni del venditore.

Venendo al versante civile, gli eredi della parte venditrice – vittima del reato di circonvenzione d'incapace – agiscono in giudizio chiedendo, sulla base delle pronunce penali di condanna, la restituzione dell'immobile.

Il Tribunale di Genova e, successivamente, la Corte d'appello di Genova accolgono la domanda, in quanto ritengono di aderire ad un orientamento giurisprudenziale consolidato, in base al quale il contratto che sia esito di circonvenzione d'incapace è da considerarsi nullo per contrasto con l'ordine pubblico.

La nullità del contratto determina anche l'imprescrittibilità dell'azione che, quindi, può essere presentata anche dagli eredi della vittima del reato.

Gli acquirenti ricorrono per Cassazione. In sede di ricorso, essi propongono tutta una serie di motivi di carattere processuale sui quali possiamo anche soprassedere.

Analizziamo, invece, quel motivo di ricorso dal quale emerge la questione di nostro interesse, ossia il problema di come l'ordine pubblico agisce rispetto alla nullità del contratto.

Nel motivo di ricorso che a noi interessa in maniera specifica, i soggetti ricorrenti contestano l'orientamento giurisprudenziale suddetto – accolto dai giudici di merito – secondo il quale la circonvenzione d'incapace implicherebbe la nullità del contratto.

Questo orientamento è da tempo dominante a livello giurisprudenziale, ma è oggetto, da altrettanto tempo, di significative critiche a livello dottrinale.

È, quindi, naturale che i ricorrenti si richi amino a tale dottrina in modo tale da spingere la Cassazione a mutare le conclusioni precedentemente adottate.

In particolare, il ricorso recepisce una critica dottrinale che ravvisava, nel suddetto orientamento giurisprudenziale, un profilo di contraddizione che emergeva ne confronto con altre soluzioni adottate in casi simili.

Nello specifico, viene fatto il confronto fra la giurisprudenza relativa al contratto del soggetto vittima di truffa e quella relativa al contratto del soggetto vittima di circonvenzione d'incapace.

La giurisprudenza, infatti, ha sempre qualificato il contratto del truffato come contratto annullabile perché si ritiene che la fattispecie penalistica del reato di truffa coincida con la fattispecie civilistica del dolo di cui all'articolo 1439 codice civile.

Il dolo comporta, come vizio della volontà, l'annullabilità del contratto e, quindi, anche il contratto del truffato, vista la coincidenza fra le due fattispecie è annullabile.

Pertanto, se il dolo contrattuale che è presente nella truffa fa sì che la vicenda sia ricondotta nell'ambito dell'annullabilità, non si comprende per quale motivo debba essere adottata una soluzione diversa in materia di circonvenzione d'incapace.

In altre parole, anche in riferimento alla circonvenzione d'incapace si dovrebbe dedurre che la fattispecie debba essere letta, in senso civilistico, come un caso di contratto stipulato da soggetto incapace ex articolo 428 codice civile.

Vediamo qual è stata la decisione della Corte di Cassazione.

La Cassazione rigetta il ricorso e ritiene, quindi, di confermare l'orientamento giurisprudenziale dominante che applica all'ipotesi di circonvenzione d'incapace la nullità per violazione di un principio di ordine pubblico.

Le critiche mosse a livello dottrinale, quindi, non vengono considerate tali da far venir meno la credibilità dell'argomentazione maggioritario.

Vediamo, però, in quale modo la sentenza riesce le argomentazioni della dottrina critica.

Anche la Cassazione si sofferma sui rapporti fra truffa e circonvenzione d'incapace e tenta di giustificare il diverso trattamento fra le due ipotesi.

In particolare, la questione viene impostata sulla base degli interessi sostanziali che sottostanno alle due ipotesi di incriminazione.

La truffa è reato perseguibile solo a querela di parte e che tutela, quindi, solo gli interessi patrimoniali della parte offesa. In ragione di

ciò, non siamo dinanzi ad una norma di ordine pubblico, ma siamo di fronte ad una norma imperativa che rientra nel campo di applicazione dell'articolo 1418, comma 1, del codice civile.

L'articolo 1418/1 c.c., com'è noto, stabilisce che il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, "*salvo che la legge disponga diversamente*". Il caso della truffa sarebbe una delle ipotesi in cui la legge dispone diversamente, prevedendo non la nullità, ma l'annullabilità del contratto.

Lo stesso ragionamento, ad avviso della Cassazione, non può essere fatto per la circonvenzione d'incapace. Le due ipotesi, infatti, non possono essere accomunate perché la circonvenzione d'incapace è un reato che si propone di tutelare non tanto il patrimonio, quanto piuttosto la libertà personale del soggetto debole.

Pertanto, il valore personalistico tutelato dalla circonvenzione d'incapace si troverebbe su un gradino superiore, rispetto al valore, meramente patrimoniale, sotteso al reato di truffa. Ciò giustifica la considerazione della norma nell'ambito dell'ordine pubblico e la conseguente nullità del contratto stipulato dall'incapace.

Per rinforzare la propria posizione, la Cassazione aggiunge che la fattispecie della circonvenzione d'incapace non coincide, in maniera esatta, con l'incapacità civilistica di cui all'articolo 428 del codice civile. Infatti, ciò che il civile chiama incapacità ed il penale chiama circonvenzione d'incapace sono fenomeni che si toccano, ma che non sono identici. In particolare, l'ambito della circonvenzione d'incapace, da un parte, è più ristretto dell'incapacità civilistica che, in virtù dell'articolo 428 c.c., richiede solo la malafede della controparte e non anche l'abuso della stessa. Dall'altra parte, la fattispecie di circonvenzione è, al tempo stesso, più ampia di quella civilistica perché, ai fini dell'annullamento, è richiesto il grave pregiudizio

patrimoniale, mentre per il reato di circonvenzione ciò non è richiesto.

Vista la diversità fra le due ipotesi, è possibile mantenere la differenza fra il piano civilistico e quello penalistico che, a sua volta, giustifica che nell'ipotesi penalmente rilevante si abbia la nullità del contratto per contrasto con l'ordine pubblico.

Per queste ragioni, la Cassazione conferma la decisione di merito, l'accertamento della nullità e la condanna alla restituzione dell'immobile agli eredi della vittima del reato di circonvenzione d'incapace.

#### **4.2. I contratti di giuoco e scommessa: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 14288 del 2015.**

In questo paragrafo verrà analizzata la sentenza della Corte di Cassazione, n. 14288, dell'8 luglio 2015.

*Cass. n.  
14288/2015*

La questione riguarda il pagamento di una somma di denaro a titolo di vincita del jackpot relativo alla giocata effettuata da un certo soggetto ad una video lotteria presente all'interno di un'agenzia SNAI di Fermo.

A fronte di tale giocata e in considerazione del mancato pagamento della suddetta vincita, il soggetto agisce, presso il Tribunale di Fermo, contro la società SNAI perché quest'ultima venga condannata al pagamento del montepremi vinto pari a circa 490 mila euro.

In particolare, l'attore, sostenendo la sua qualità di consumatore, propone la domanda dinanzi al giudice del luogo di sua residenza, in quanto ritiene applicabile la regola del foro del consumatore stabilita dal Codice del Consumo.

La società concessionaria (SNAI), da parte sua, eccepisce l'incompetenza territoriale del giudice di Fermo e reputa che, nel caso di specie, sia competente il Tribunale di Lucca, ossia il giudice del luogo in cui è collocata la sede di una delle filiali della società convenuta.

Il Tribunale di Fermo accoglie l'eccezione di incompetenza territoriale e afferma la competenza del Tribunale di Lucca.

Il giudice, in pratica, esclude l'applicabilità della regola del foro del consumatore perché, a suo avviso, nei contratti di giuoco e scommessa la competenza territoriale non può essere determinata secondo la regola suddetta, in quanto queste specifiche tipologie contrattuali non richiedono quella particolare tutela tipica della disciplina del Codice del Consumo.

Nella sostanza, il giocatore non può essere qualificato come consumatore perché il soggetto che decide di puntare una somma di denaro alla video lotteria non intende acquistare un bene o un servizio o porre in essere un atto di consumo.

Si sottolinea anche che nei contratti di giuoco e scommessa non è possibile individuare significativi squilibri dei diritto ed obblighi a carico del consumatore visto che gli stessi solitamente sono caratterizzato dal fatto che il giocatore impiega somme di scarsa entità per poter vincere somme che hanno un valore economico enormemente superiore.

Il contratto in questione è, quindi, un contratto aleatorio fondato su una scommessa e concluso tramite un distributore automatico.

Infine, il giudice aggiunge che, in nessun caso, il settore dei giochi d'azzardo rientra nell'ambito di applicazione della normativa del Codice del Consumo. A tal proposito, si richiama l'articolo 61 Codice consumo che, a sua volta, richiama il contenuto del D. Lgs. 70/2003 il

quale esclude l'applicazione della normativa in questione *“ai giochi d'azzardo, ai giochi di fortuna compresi il lotto, le lotterie, le scommesse e gli altri giochi in l'elemento aleatorio è prevalente”*.

Contro la decisione del Tribunale di Fermo il soggetto ricorre per Cassazione sostenendo che al caso di specie è applicabile la regola del foro del consumatore perché l'attività posta in essere dalla SNAI, pur essendo controllata dai Monopoli di Stato, è una tipica attività imprenditoriale. A ciò consegue che il giocatore riveste la qualifica di consumatore e come tale deve poter beneficiare di tutte le tutele previste dal Codice del Consumo.

La Corte di Cassazione accoglie il ricorso e ritiene che al giocatore, in questi casi, debba essere attribuita la qualifica di consumatore.

Per giungere a tale conclusione, la Cassazione, innanzitutto, parte dal presupposto che la dottrina e la giurisprudenza risalenti consideravano il gioco d'azzardo in maniera totalmente negativa, ossia come un atto immorale, contrario all'ordine pubblico e al buon costume e, quindi, illecito.

A livello dottrinale solitamente si distingueva fra: giochi tutelati; giochi vietati e giochi tollerati.

Pertanto, seguendo il ragionamento del giudice di primo grado, il gioco della video lotteria dovrebbe essere fatto rientrare nell'ambito della categoria dei giochi vietati perché immorale, contrario all'ordine pubblico e al buon costume e anche perché lo stesso presuppone la ludopatia, ponendosi in contrasto con il diritto alla salute.

La Corte di Cassazione, però, non condivide tale impostazione perché, attualmente, il fenomeno del gioco e della scommessa ha raggiunto una diffusione e una rilevanza tali da rendere la concezione tradizionale totalmente negativa non più attendibile.

Oggi, certe tipologie di giochi sono ammessi e regolati dallo Stato che, tra l'altro, trae da tali fenomeni entrate economiche cospicue che hanno determinato un'estensione sempre maggiore della categoria dei giochi autorizzati.

Questo ragionamento è, sotto certi aspetti, confermato dalla comunità europea.

La giurisprudenza europea sostiene che i singoli Stati membri siano liberi di regolare il fenomeno come ritengono più opportuno: o adottando politiche tese a estendere la categoria dei giochi autorizzati, oppure imponendo delle restrizioni giustificate dalla tutela dell'ordine pubblico generale.

In questo la Cassazione rileva la possibile sussistenza di una contraddizione legata alla coerenza del sistema.

Se, infatti, è vero che lo Stato può disciplinare il fenomeno in senso estensivo o restrittivo. Però, è altrettanto vero che uno Stato che induca e, sotto certi aspetti, incoraggi i cittadini a partecipare a giuochi e scommesse perché questi fenomeni garantiscono un'entrata erariale cospicua non può, d'altra parte, invocare l'ordine pubblico per giustificare certe decisioni prese a livello giurisprudenziale.

Pertanto, nelle ipotesi di video lotterie autorizzate o gestite direttamente dallo Stato viene meno, perché disattesa, l'esigenza di tutela dell'ordine pubblico generale e, per questa ragione, la società concessionaria deve essere considerata alla stregua di qualsiasi imprenditore, con conseguente applicazione della normativa in materia di esercizio dell'attività imprenditoriale.

Da parte sua, il giocatore si viene a trovare in una condizione di debolezza perché non è in grado di conoscere preventivamente il contenuto del contratto che, implicitamente, accetta nel momento in

cui decide di impiegare le proprie somme di denaro in una video lotteria.

Ecco che, da un lato, la società concessionaria è considerata a tutti gli effetti imprenditore e, dall'altro lato, il giocatore è un consumatore che, come tale, può godere di tutte le tutele previste dal Codice del Consumo.

Si pone l'esigenza di tutelare il giocatore-consumatore a fronte della unilaterale predisposizione del contratto da parte della società concessionaria.

La posizione di "debolezza" del giocatore-consumatore, in altri termini, giustifica l'applicazione della disciplina protettiva del Codice del Consumo e, quindi, anche delle regole del foro del consumatore.

#### **4.3. Ordine pubblico e clausole *claims made*: Cassazione n. 10506 del 2017.**

L'ultima sentenza di cui proponiamo l'analisi è quella della Corte di Cassazione n. 10506 del 28 aprile 2017.

In quest'ultimo caso, siamo nel settore delle assicurazioni della responsabilità professionale, ossia dell'assicurazione che copre il rischio cui il professionista – in questo caso il medico – è esposto nell'esercizio della sua attività professionale.

Nella sentenza si torna ad affrontare la questione della legittimità delle cosiddette clausole *claims made*, contenute all'interno del contratto di assicurazione professionale.

Le clausole *claims made*, di matrice americana, sono entrate nella prassi del nostro sistema assicurativo negli ultimi anni. Esse delimitano l'operatività della copertura assicurativa alle richieste di risarcimento del danno avanzate entro il periodo di vigenza della

polizza, indipendentemente dal momento in cui si è verificata la condotta lesiva.

A norma dell'articolo 1917 c.c., infatti, il concetto di «*sinistro rilevante*» è individuabile nel «*fatto avvenuto durante il periodo di assicurazione*». Pertanto, i primi contratti di assicurazione della responsabilità professionale erano costruiti secondo il meccanismo, per così dire, tradizionale (cd. clausola *loss occurrence*), per cui, la copertura assicurativa era riferita a quei fatti e comportamenti avvenuti durante la vigenza del contratto, indipendentemente dal momento in cui il danneggiato abbia percepito il danno e avanzato la richiesta di risarcimento.

Nell'ambito della responsabilità professionale, però, si pone un problema perché i danni subiti dalla parte lesa (paziente o cliente) spesso sono danni cd. lungo latenti che divengono percepibili in tempi anche molto successivi, rispetto al momento in cui si è verificata la condotta illecita. Per questa ragione, le polizze assicurative strutturate secondo il modello tradizionale risultavano particolarmente onerose per i professionisti perché si allargava notevolmente il periodo di assicurazione.

Per ovviare agli svantaggi economici della forma tradizionale, le compagnie assicurative hanno elaborato nuovi contratti di assicurazione, facendo ricordo alle clausole *claims made* (letteralmente: a richiesta fatta) che fanno coincidere il sinistro rilevante con la richiesta di risarcimento del danno.

In maniera molto semplicistica, si può dire che nei contratti di assicurazione tradizionali è il danno che si deve verificare durante la vigenza del contratto; mentre nei contratti di assicurazione con clausola *claims made* è la richiesta che deve ricadere durante il periodo di operatività della copertura assicurativa.

Si è posto, fin da subito, un problema di liceità delle clausole *claims made* che ha sollevato un ampio dibattito giurisprudenziale. Con una prima sentenza del 2005 la Cassazione ha stabilito che le clausole *claims made* non sono né nulle, né vessatorie. Si sono, poi, avute una serie di pronunce di merito che hanno oscillato fra validità e nullità/vessatorietà delle suddette clausole. In ultima istanza, sono intervenute le Sezioni Unite che, con una decisione del 2016, hanno ribadito che le clausole *claims made* non sono né nulle, né vessatorie. Le Sezioni Unite hanno, però, aggiunto che, essendo il contratto di assicurazione così strutturato un contratto atipico, esso deve essere sottoposto al vaglio di meritevolezza dell'interesse perseguito ex articolo 1322/2 codice civile. Pertanto, i contratti atipici di assicurazione della responsabilità professionale con clausola *claims made* dovranno essere valutati, in concreto, perché, in certe ipotesi, tali clausole potrebbe risultare non meritevoli di tutela.

Il problema della meritevolezza dell'interesse si pone soprattutto nei casi in cui, come nell'ipotesi in esame, si esclude l'indennizzo per i danni causati nella vigenza del contratto, ma rispetto ai quali il danneggiato abbia chiesto il risarcimento dopo la scadenza della polizza.

Nel caso in esame, un paziente si sottopone nel 2003 ad un intervento chirurgico presso l'Ospedale di Milano. Il paziente ritiene che l'intervento sia stato eseguito in maniera erronea e, quindi, nel 2005 cita in giudizio l'azienda ospedaliera milanese perché gli venga riconosciuto il risarcimento dei danni subiti.

L'azienda ospedaliera chiama in causa l'Unipol, ossia la compagnia assicurativa con la quale aveva stipulato un contratto di assicurazione per la responsabilità professionale perché quest'ultima procedesse con il pagamento dell'indennizzo.

L'assicurazione, però, si rifiuta di pagare l'indennizzo, in quanto l'azienda ospedaliera aveva sottoscritto un contratto di assicurazione contenente una clausola *claims made* che, quindi, escludeva la copertura assicurativa per quei fatti commessi durante la vigenza del contratto, ma per il quali la richiesta di risarcimento del danno fosse fatta dal danneggiato dopo la scadenza del contratto medesimo.

Nella fattispecie in questione, l'operazione chirurgica è stata eseguita negli ultimi mesi del 2003; il contratto di assicurazione aveva scadenza al 31 dicembre 2003; il paziente, però, agisce per il risarcimento dei danni nel 2005. Pertanto, il fatto illecito è avvenuto durante la vigenza del contratto di assicurazione, però, la richiesta è pervenuta dopo la scadenza dello stesso, quindi, in virtù della clausola *claims made*, è esclusa la copertura assicurativa.

Si pone, così, nuovamente il problema della validità/legittimità delle clausole *claims made*.

Il Tribunale di Milano accoglie la domanda di risarcimento del danno, però, esclude la copertura assicurativa perché riconosce la validità della clausola *claims made*. La Corte d'appello arriva alla conclusione apposta. Essa condanna, infatti, la compagnia assicurativa al pagamento dell'indennizzo perché la clausola *claims made* dovrebbe prevedere una retroattività della copertura assicurativa di dieci anni, mentre, nel caso di specie, la retroattività è di soli tre anni, per cui, la clausola in questione è vessatoria.

La compagnia assicurativa ricorre per Cassazione, argomentando nel seguente modo. Si contesta la motivazione della decisione d'appello che ha sostenuto la vessatorietà della clausola, però, facendo riferimento ad aspetti non rilevanti e ad argomenti non applicabili al caso di specie. La questione della retroattività della copertura assicurativa non ha, infatti, rilevanza nella fattispecie in

esame perché non si ha riguardo ad un fatto avvenuto prima della stipulazione del contratto di assicurazione, ma ad un fatto avvenuto nella vigenza del contratto. Il problema, in questo caso, è che la richiesta di risarcimento del danno è stata fatta dal danneggiato dopo la scadenza della polizza e ciò, per come è strutturata la clausola *claims made*, esclude l'indennizzo.

La Cassazione ritiene fondata l'argomentazione dell'assicurazione (la decisione d'appello è, evidentemente, incoerente da un punto di vista logico), però, nonostante ciò la Corte rigetta il ricorso perché riprende quanto sostenuto dalle Sezioni Unite nel 2016. Come abbiamo già detto, le Sezioni Unite ritengono le clausole *claims made* non nulle, né vessatorie, ma essendo il contratto di assicurazione che le contiene un contratto atipico, esso deve essere sottoposto al vaglio di meritevolezza dell'interesse *ex* articolo 1322/2 codice civile.

La Corte di Cassazione, nel caso di specie, ritiene che la clausola *claims made* non superi il controllo di meritevolezza dell'interesse perseguito di cui all'articolo 1322.

A questo punto, nella sentenza si fa un ragionamento generale sul significato del concetto di meritevolezza dell'interesse. Secondo la Cassazione, la meritevolezza di cui all'articolo 1322/2 c.c. non è semplicemente riferibile alla liceità, ma è concetto più ampio. A conferma di ciò si richiama anche quanto detto dalla Relazione al Codice Civile. In tal senso, la meritevolezza non è un requisito del contratto, ma è un giudizio in ordine al risultato perseguito con il contratto medesimo. Tale risultato è, quindi, immeritevole di tutela quando è contrario ai principi di solidarietà, di parità sociale e di ordine pubblico e buon costume. In altre parole, l'immeritevolezza si sostanzia in una contrarietà del risultato perseguito ai principi posti a fondamento dei rapporti fra privati.

Per confermare la suddetta concezione, si richiamano tutta una serie di ipotesi in cui il contratto atipico non ha superato il vaglio di meritevolezza dell'interesse perché persegue risultati contrari ai suddetti principi. Per esempio, viene richiamata quella giurisprudenza che ha ritenuto il contratto atipico di intermediazione finanziaria non meritevole di tutela quando pone a favore della banca solo vantaggi, mentre il cliente è soggetto solo a conseguenze negative (e il caso del contratto 4You che abbiamo visto quando abbiamo parlato della buona fede). Ancora, si richiamano i contratti atipici fra farmacisti, con i quali gli aderenti si obbligavano a non aprire il sabato. Oppure, si fa riferimento alla clausola contenuta in un contratto di locazione e che vieta al conduttore di ospitare nell'immobile persone non appartenenti al nucleo familiare; pattuizione questa ritenuta contrastante con il principio di solidarietà sociale.

Nella sentenza si richiama, anche, un'altra decisione che abbiamo già analizzato, ovvero la decisione delle Sezioni Unite del 2005 sulla rilevanza d'ufficio della riduzione ad equità della clausola penale. Tale sentenza viene menzionata per ribadire e sottolineare che l'autonomia contrattuale non è illimitata, ma sottostà al limite della meritevolezza dell'interesse perseguito.

Da quanto finora detta, la Corte ricava il principio generale, secondo cui sono da considerarsi immeritevoli di tutela quei contratti o patti atipici che attribuiscono ad una parte un vantaggio ingiusto e sproporzionato; che mettono una delle parti in una posizione di soggezione; che costringono una parte a porre in essere comportamenti contrari ai principi di solidarietà, parità sociale, ordine pubblico e buon costume.

Pertanto, la clausola *claims made* contenuta nello specifico contratto di assicurazione deve essere valutata in base ai suddetti criteri. E la valutazione fatta ha esito negativo.

C'è, infatti, il vantaggio ingiusto e sproporzionato a favore della compagnia assicurativa. La clausola *claims made* che esclude l'indennizzo nel caso di richiesta postuma riduce la copertura assicurativa perché esclude l'indennizzo per tutti i danni causati in prossimità della scadenza della polizza. È impossibile che la vittima di un danno abbia la prontezza di richiedere immediatamente il risarcimento e ciò è ancora più evidente per i danni medici che sono spesso danni occulti o lungo latenti che, quindi, si possono manifestare anche molto dopo l'evento dannoso.

La clausola *claims made* pone, anche, l'assicurato in una posizione di soggezione, rispetto alla compagnia assicurativa. Nelle ipotesi di clausola *claims made*, infatti, l'indennizzo è condizionato non soltanto al realizzarsi di un evento futuro ed incerto determinato dal comportamento illecito dell'assicurato, ma anche dal realizzarsi di un ulteriore evento futuro ed incerto dipendente dalla volontà del terzo danneggiato.

Infine, la clausola *claims made* obbliga l'assicurato a porre in essere comportamenti contrari ai principi di solidarietà, parità sociale, ordine pubblico e buon costume. Si genera, infatti, un paradosso: in caso di mancata richiesta di risarcimento del danno, il professionista può essere indotto a sottrarsi alle proprie obbligazioni; viceversa, in caso di suo eventuale adempimento spontaneo, l'assicurato potrebbe vedersi rifiutato l'indennizzo perché manca la richiesta da parte del danneggiato.

Per tutte le ragioni sopra esposte, nel caso concreto, la clausola *claims made* contenuta nel contratto di assicurazione deve essere

ritenuta immeritevole di tutela *ex* articolo 1322/2 c.c. perché, per come è strutturata, risulta contraria ai suddetti principi fondamentali. Il ricorso viene, quindi, rigettato.