

Focus giurisprudenziale

Gros plan sur la jurisprudence

Case-law Focus

Responsabilità patrimoniale dell'obbligazione e profili di vittimizzazione del coniuge: il fenomeno del *sexually transmitted debt*

Francesco Amici*

1. Recessione economica e menomazione del consenso negoziale: il fenomeno del *Sexually Transmitted Debt*

In uno scenario di diffusa globalizzazione il diritto non può considerarsi statico, indifferente all'evolversi del contesto socio-economico, essendo informato, per converso, d'un vivo dinamismo, le cui trasformazioni corrispondono a paralleli profondi mutamenti della realtà sociale.

Una manifestazione paradigmatica di tale precipitato, nell'ambito del diritto contrattuale, ben si appalesa nelle accentuate potenzialità riformatrici ascrivibili agli scenari di congiuntura economica che, non di rado, occasionano il ripensamento degli istituti tipici del proprio ordinamento e, finanche, il *legal transplant* di modelli negoziali alieni¹.

In tal senso, rispetto all'esperienza giuridica domestica, è sufficiente porre mente alla

rivitalizzazione della clausola marciana² ovvero alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario³, strumenti che, sia pur con modalità dissimili, rispondono all'esigenza, assai avvertita nella prassi negoziale, di una più agevole circolazione del credito.

Svolgendo uno sguardo comparativo del tutto cursorio si consideri invece, a mo' di esempio, il ripensamento dell'ambito di operatività del patto commissorio nella legislazione d'Oltralpe⁴, nonché la puntuale normativa dedicata alla crisi da sovraindebitamento, atta a consentire, al ricorrere di determinate condizioni, la pianificazione ovvero la cancellazione delle obbligazioni del debitore

² All'esito della bulimia riformatrice dell'ultimo decennio, la letteratura sulla clausola marciana si è arricchita di numerosi contributi. Poiché sarebbe ultroneo, rispetto al presente elaborato, rassegnarli in modo esaustivo, ci si limita a rinviare ad AA.VV., *I nuovi marciani*, Torino, 2017, nonché, più recentemente, a G. Fappiano, "Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale", in *Contr.*, 1, 2019, pag. 86 ss.

³ Il prestito vitalizio ipotecario, in cui è evidente il debito rispetto al *reverse mortgage* di matrice anglosassone, si sostanzia, in estrema sintesi, in un finanziamento a medio-lungo termine, garantito da ipoteca di primo grado, le cui peculiarità risiedono principalmente nelle modalità di rimborso del prestito, in un'unica soluzione alla scadenza piuttosto che in rate periodiche, nonché nell'essere riservato ai cittadini con un'età pari o superiore ai 60 anni. Tale forma di finanziamento, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto costituire il volano per la crescita dei consumi della fascia più anziana della popolazione, la quale dispone sovente di un patrimonio connotato da un rapporto tra ricchezza immobiliare e mobiliare nettamente sbilanciato nel primo senso, circostanza, quest'ultima, ben sintetizzata dall'anglismo "*house rich, cash poor*". Per un'esauritiva ricognizione delle problematiche connesse al prestito vitalizio ipotecario si veda, per tutti, G.O. Mannella, G. Platania, "Il prestito vitalizio ipotecario", in *Notariato. Quaderni*, 2015; R. Lenzi, "Nuovi modelli di garanzie patrimoniali. Il prestito vitalizio ipotecario", in *Giur. it.*, 2017, pag. 1715 ss. nonché, più recentemente, V. Ivone, "Il prestito vitalizio ipotecario: luci e ombre del principale istituto della c.d. finanza della terza età", in *Contr. Impr.*, 2018, pag. 383 ss.

⁴ Per un quadro generale sulla recente riforma delle garanzie del credito del *Code Civil* (ord. n. 2006-346 del 23 marzo 2006) si veda, per tutti, J-B. Seube, *Droit des sûretés*, Paris, Dalloz, 2008; P. Simler, P. Delebecque, *Droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Dalloz, 2009. Nella letteratura italiana, per un inquadramento sintetico, ma efficace dell'abolizione del divieto di patto commissorio nella legislazione d'Oltralpe si rinvia a C. Botta, "Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pag. 908 ss.

* Dottorando di ricerca in "Scienze giuridiche – Diritto Civile", Università di Parma.

¹ L'impiego del lemma "alieni" per descrivere modelli negoziali estranei all'esperienza giuridica domestica si deve a G. De Nova, *Il contratto alieno*, Torino, 2010, *passim*.

insolvente⁵.

Oltre a costituire uno stimolo per lo sviluppo di numerosi modelli giuridici innovativi, gli scenari di profonda crisi finanziaria hanno altresì favorito la diffusione di un'ampia fenomenologia di condotte che, raffinandosi nella menomazione della libertà di autodeterminazione della vittima, presentano profili di spiccato rilievo anche per la riflessione civilistica.

In prima battuta, si pensi al contenzioso in materia di libertà testamentaria ovvero al crescente numero di truffe perpetrate mediante lo strumento negoziale e rivolte, perlopiù, verso le fasce più anziane della popolazione, sfruttandone il decadimento delle facoltà cognitive sovente coevo all'ultimo stadio del ciclo vitale.

Nel novero di tali contegni è sicuro potersi annoverare, tra gli altri, anche il *Sexually Transmitted Debt* (STD)⁶, largamente conosciuto nelle aree di

insegnamento di *common law* e reputato di particolare esecrabilità poiché intimamente correlato a fenomeni di vittimizzazione della donna.

Con l'espressione si suole alludere ad una peculiare forma di coercizione del consenso negoziale rivolta verso un membro del proprio nucleo familiare e tesa alla costituzione di una posizione di garanzia finalizzata ad assicurare l'adempimento di un'obbligazione contratta dal solo profittatore con un terzo, solitamente un intermediario finanziario⁷.

Pur sovente intesa, soprattutto in seno alla rielaborazione di stampo sociologico, in termini sostanzialmente unitari, tale condotta, in una prospettiva squisitamente civilistica, può declinarsi in almeno due diverse accezioni.

Senza enfatizzare l'osservazione, poiché essa è utile,

⁵ Non consentendo l'economia del presente elaborato un'esauriente disamina della procedura di sovra-indebitamento nella normativa francese, potrà qui offrirsi solo un panorama. Il centro focale di tale disciplina è rappresentato dalla commissione di sovra-indebitamento (c.d. *commission de surendettement*), cui possono adire le sole persone fisiche, debitori francesi o stranieri residenti in Francia, che si trovino in stato di sovra-indebitamento, ossia nell'incapacità di far fronte alla propria esposizione debitoria. Accertata la condizione di sovra-indebitamento nonché la buona fede del debitore, la commissione elabora un piano convenzionale di copertura dei debiti, il quale può prevedere, a titolo esemplificativo, la rateizzazione dei debiti ovvero la falcidia dei tassi d'interesse. Nel caso in cui il debitore sia privo di risorse, la commissione può concedere un periodo di moratoria durante il quale diviene quiescente l'obbligo di adempimento e, al cui esito, viene valutata l'opportunità di adottare ulteriori raccomandazioni o, in alternativa, di procedere ad un parziale annullamento delle voci di debito. Ove la situazione debitoria sia irrimediabilmente compromessa la commissione, con il consenso del debitore, può rivolgersi direttamente al giudice affinché sia avviata una procedura di risanamento personale per liquidarne i beni e, nel caso in cui l'attivo realizzato sia insufficiente a soddisfare i creditori, cancellare i debiti aventi natura non professionale. Per un'esauritiva panoramica sulla normativa di sovra-indebitamento si veda, per tutti, G. Jouve, *La normativa francese disciplinante il sovra-indebitamento*, disponibile alla pagina: www.cesifin.it.

⁶ Attesa la complessità degli scenari giuridici e sociologici connessi al fenomeno del *Sexually Transmitted Debt*, la bibliografia sul punto è assai copiosa. Risultando tuttavia eccessivo, rispetto all'economia del presente elaborato, rassegnare tutti gli autori che si sono occupati del tema, ci si limita a rinviare, nella letteratura di lingua inglese, a R. Jukic,

Till Debt do us Part, Consumer Credit Legal Service, Melbourne, 1994; S. Robertson, "Self-Representation, Sexually Transmitted Debt and the 'Benchmark male': a Case Study", in *Flinders Law Journal*, 2014, pp. 229 ss.; D. Otto, "A barren future? Equity's conscience and women's inequality", in *Melbourne Law Review*, vol. 18, 1992, pp. 808 ss.; N. Howell, "Sexually transmitted debt", in *Australian Feminist Law Journal*, 1995; A.J. Harper, *Sexually Transmitted Debt: Credibility, Culpability and the Burden of Responsibility*, Thesis, University of Adelaide, 2001; P. Baron, "The free exercise of her will: women and emotionally transmitted debt", in *Law in Context*, 1995, pp. 23 ss., la quale, rispetto al fenomeno investigato, avverte sull'opportunità di impiegare l'espressione *Emotionally Transmitted Debt* (EDT) e non già *Sexually transmitted Debt* (STD). Per l'A., difatti, il riferimento all'aspetto emozionale in luogo di quello di genere enfatizza la reale causa del problema, da individuarsi nel coinvolgimento emotivo derivante dalla fiducia e dalla confidenza sottese al rapporto di coppia e nell'impatto di tali condizionamenti psicologici interni rispetto alla libera formazione del consenso negoziale. Nondimeno, sotto altro versante, si osserva come tale operazione negoziale non risulti confinati in seno gli angusti confini dei rapporti debitori del partner, poiché, come emerge dalla prassi, non di rado la moglie assume la responsabilità patrimoniale delle obbligazioni contratte, oltre che del partner, anche dai figli, parenti e amici più fidati. Ragioni, queste, che fanno ben comprendere come limitare la problematica rispetto alla potenziale condizione di subordinazione della moglie rispetto al marito nei rapporti familiari di natura economica arrischiare porre in ombra numerose altre condotte non meno degne di attenta considerazione. Più recentemente, rispetto a tali considerazioni, si veda "Sexually transmitted/emotionally-transmitted debt", *Australian Feminist Judgments Project*.

⁷ Per una definizione sintetica, ma efficace, di *Sexually Transmitted Debt*, si veda quanto rassegnato dall'*Australian Law Reform Commission, Equality before the Law: Women's Equality*: Report No. 69, Part. II (1994), pag. 241.

soprattutto, a fini descrittivi, è fuori dubbio poter ascrivere nell'alveo del *Sexually Transmitted Debt*, in prima battuta, tutti quei contegni diretti a determinare la vittima a garantire, in via diretta, l'adempimento di una specifica obbligazione contratta dal profittatore nel proprio esclusivo interesse⁸. Più frequentemente, tuttavia, tale forma di coazione è tesa a sollecitare l'assunzione di una responsabilità indiretta e mediata, nel qual caso il soggetto passivo si limita ad accordare il consenso alla costituzione di una garanzia su di un bene appartenente al patrimonio comune⁹, non di rado individuato nella casa adibita a residenza familiare¹⁰.

Il *Sexually Transmitted Debt*, che da sempre ha saputo attrarre l'attenzione tanto della riflessione giuridica quanto del sapere sociologico, disvela fecondi spunti di riflessione poiché assai raramente, nell'ambito del diritto civile, risulta così accentuata l'interazione tra le dinamiche inerenti alla dimensione familiare e la sfera pubblicistica, espressione polivalente che, in tale contesto, si raffina nei profili di stabilità del programma negoziale e nel legittimo affidamento del terzo in buona fede.

Nondimeno, l'investigazione di tale fenomeno

occasiona il ripensamento delle rigidità dommatiche che informano il concetto di violenza accolto dall'ordinamento domestico, le cui disfunzionalità rappresentano la principale paratia alla sussumibilità, nell'alveo dei vizi del consenso, di un'ampia fenomenologia di condotte che, pur idonee a menomare la libertà di autodeterminazione della vittima, scontano a tutt'oggi un giudizio di irrilevanza giuridica.

2. Soggetto passivo del *Sexually Transmitted Debt*.

Pur rappresentando una problematica ben nota al dibattito giuridico e sociologico¹¹, nel recente passato la riflessione sul *Sexually Transmitted Debt* si è arricchita di nuova linfa vitale, complice anche il crescente contenzioso giudiziario sollecitato dalle derive discriminatorie di tale forma di coercizione.

Affinché sia integrata un'ipotesi di *Sexually Transmitted Debt* occorre difatti che l'agere del profittatore sia diretto nei confronti di un componente del proprio nucleo familiare¹² e, più nello specifico, del partner. Tale ultima considerazione, oltre a motivare le derive discriminatorie cui si è già fatto accenno, vale a distinguere tale fenomeno da quello, solo

⁸ Nel qual caso la vittima si costituisce, a titolo esemplificativo, fideiussore del profittatore.

⁹ La comproprietà del bene impiegato per garantire l'adempimento dell'obbligazione del partner non costituisce, rispetto alla fattispecie investigata, un elemento imprescindibile. Difatti, non è da escludere che la vittima possa essere sollecitata ad offrire, quale collaterale dell'obbligazione del profittatore, un bene di sua titolarità esclusiva.

¹⁰ Unitamente a quanto rassegnato, vi sono modalità di manifestazione del *Sexually Transmitted Debt* che, pur meno diffuse nella prassi, offrono, nondimeno, fecondi spunti di riflessione. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui la vittima non si limiti a garantire l'adempimento dell'altrui obbligazione ma si determini al perfezionamento di un autonomo contratto di finanziamento nell'esclusivo interesse del profittatore. Nel caso prospettato sorge in capo alla vittima un rapporto obbligatorio del tutto autonomo, pur finalizzato, in via esclusiva, al perseguimento degli interessi di quest'ultimo. Per un'esposizione, anche critica, delle diverse ipotesi in cui può manifestarsi il *Sexually Transmitted Debt* si rinvia a M. Bailey, "Sexually Transmitted Debt: Criticisms and Prospects for Reforms", in *Auckland University Law Review*, 1999, pp. 1002 ss.

¹¹ Cfr., M. Bailey, *op. cit.*, pag. 1001; B. Fehlberg, "Money and marriage: sexually transmitted debt in England", in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1997, pp. 320 ss. Nel più recente passato la letteratura si è arricchita di numerosi contributi tesi ad investigare le profonde interazioni tra questioni di stampo femministico e profili di stretto diritto. Rispetto a tale controverso tema, ci si limita a rinviare, in particolare, a C.A. Mackinnon, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1987; *Law and Feminism. Perspective in Practice & Theory*, Boston, Lexington Books, 1994. Più di recente, si veda anche T. Stretton, K.J. Jeaserling (edited by), *Married Women and the Law: Coverture in England and the Common Law World*, McGill-Queens University Press, Montreal, 2014.

¹² Sebbene nella quasi totalità dei casi sottoposti all'attenzione della giurisprudenza profittatore e vittima condividano il medesimo tetto coniugale, in alcuni recenti arresti si è ritenuta integrata tale forma di violenza anche in assenza di una stabile convivenza. Cfr., *Massey v. Midland Bank Plc* (1995) 1 All ER 929 (1995) 27 HR 227.

apparentemente analogo, del *Relationship Transmitted Debt* (RTD), anglosmo con il quale si suole indentificare quell'ampia rassegna di condotte che, pur sollecitando la vittima a garantire l'adempimento dell'altrui obbligazione, vede profittatore e vittima legati da un rapporto di fiducia e confidenza del tutto differente da quello di coniugio¹³.

A quanto osservato v'è poi da aggiungere che tale forma di vittimizzazione, sebbene astrattamente riguardante tanto gli uomini quanto le donne, viene tuttavia rivolta, con netta prevalenza, nei confronti di quest'ultime, soprattutto laddove assommino a sé anche il ruolo di moglie¹⁴. Circostanza, quest'ultima, che da sola giustifica non soltanto il confluire, sul terreno del tema investigato, di complesse questioni sociologiche, ma anche le preoccupazioni, ben lumeggiate dalla riflessione femminista, della potenzialità discriminatorie di tali forma di menomazione della libertà di autodeterminazione.

Unitamente i rassegnati requisiti oggettivi, affinché ricorra una condotta di tal specie occorre, altresì, che il soggetto vittimizzato non abbia alcun interesse rispetto alla posizione debitoria garantita. Tale ultimo aspetto costituisce tuttora un nodo problematico rispetto al fenomeno investigato, giacché le complesse dinamiche che informano il

ménage familiare rendono tutt'altro che agevole tracciare, in modo sicuro, il *discrimen* tra condotte finalizzate agli interessi del solo profittatore e quelle rivolte, per converso, al perseguimento degli interessi del consesso familiare unitariamente inteso¹⁵.

3. Modalità di estrinsecazione della condotta ed effetti.

Non diversamente dalle rassegnate peculiarità del soggetto passivo, anche le modalità di estrinsecazione del *Sexually Transmitted Debt* si rivelano assai peculiari.

Contrariamente alle tradizionali forme di menomazione del consenso negoziale, ove la libertà di autodeterminazione della vittima viene compromessa dalla minaccia di un male futuro, grave e ingiusto, nel *Sexually Transmitted Debt* il profittatore si limita a sfruttare, a proprio esclusivo vantaggio, la fiducia e confidenza riposte dalla vittima per determinarla nel senso preteso, senza ricorrere ad alcun contegno intimidatorio.

Tale ultima osservazione, oltre a tracciare, in modo più accurato, il perimetro di tale forma di coartazione del consenso negoziale, sembra altresì

¹³ Così, si pensi all'assunzione, da parte dei genitori, del debito del figlio, così come le operazioni negoziali intercorrenti tra devoto e guida spirituale. Così, J. Lawton, "What is Sexually Transmitted Debt?", in *Ministry of Consumer Affairs (Victoria), Summary of Proceedings – Women and Credit – A forum on Sexually Transmitted Debt*, 1991, n. 8, 8.

¹⁴ Si esprime in questi termini, pur riferendosi alla realtà australiana, J. Pascoe, "Wives, Business Debts and Guarantees", in *Bond Law Review*, vol. 9, Iss. 1m Article 4, pag. 60. Nel medesimo senso, altresì, P. Baron, "The free exercise of her will: women and emotionally transmitted debt", *op. cit.*, pag. 23 ss. A tale riguardo interessa qui notare come il *Sexually Transmitted Debt*, pur raffinandosi in un fenomeno di violenza domestica diffuso con netta prevalenza in seno alle relazioni eterosessuali, ben può impattare anche in quelle di natura omosessuale. In tal senso, sia pur in *obiter dicta*, *Barclays bank Plc v. O'Brien* (1994), 1 AC 180, 185 (HL), pag. 198.

¹⁵ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui la vittima detenga una partecipazione all'interno della società del profittatore. In tale scenario è assai improbabile che alla moglie, sia pur indotta a costituire una garanzia in favore di tale società, venga assicurata un'adeguata tutela in sede giudiziaria, poiché la stessa, è sin ovvio rilevare, non è totalmente estranea al rapporto obbligatorio garantito. Cfr., sul punto, *European Asian of Australia Ltd v. Kurland* (1985) 8 NSWLR 192. Tuttavia, se nel caso da ultimo prospettato appare agevole affermare l'estraneità della vittima agli interessi del profittatore, vi sono ipotesi in cui tale accertamento si rivela assai più difficoltoso. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui la vittima assuma un ruolo, sia pur meramente fittizio, nell'impresa del partner ovvero detenga nella stessa una partecipazione al capitale del tutto irrilevante. Su tali problematiche si veda, altresì, B. Fehlberg, *op. cit.*, pag. 321, la quale ben evidenzia come sovente l'autorità giudiziaria si riveli incapace di valutare che il vantaggio ottenuto dalla moglie all'esito dell'operazione sottesa al *Sexually Transmitted Debt* è molto meno diretto ed evidente di quello ottenuto dalle altre parti coinvolte nell'operazione negoziale, ossia il marito e la banca.

utile per chiarire le ragioni del sostanziale silenzio, serbato dagli ordinamenti di *civil law*, rispetto a tale forma di vittimizzazione coniugale.

Invero, nonostante la capillare diffusione del *Sexually Transmitted Debt* nella prassi negoziale, la riflessione sul punto risulta sinora limitata quasi esclusivamente nelle esperienze giuridiche di *common law*¹⁶, mentre solo sporadicamente oggetto di approfondimento nelle aree di insegnamento di *civil law*, cui quella domestica non fa eccezione.

Escludendosi per certo una minore sensibilità alle problematiche di genere, sia l'estraneità a consimili contegni violenti, ad uno sguardo comparativo del tutto cursorio emerge nitidamente il debito, del giurista europeo continentale, rispetto alla diversa rilevanza assunta dagli stati psicologici interni della vittima nel processo di formazione del consenso negoziale.

Difatti, se il *common law*, non dissimilmente dall'ipotesi in cui il violentatore minacci la vittima di un male futuro, grave e ingiusto, assicura un'adeguata tutela a chi abbia negoziato sotto l'impulso di tali condizionamenti¹⁷, negli

ordinamenti di *civil law* assume generalmente rilevanza la sola condotta che si raffini in un'*agere intimidatorio*¹⁸.

Orbene, poiché nel *Sexually Transmitted Debt* il profittatore si limita essenzialmente a sfruttare i condizionamenti autonomamente ingeneranti nella coscienza della vittima¹⁹, risulta d'immediata intelligenza, rispetto all'esperienza codificatoria domestica, come sia tutt'altro che agevole sussumere tale forma di profitto nell'alveo dei vizi del consenso²⁰.

Osservazioni, queste, sì bisognevoli di approfondimento, epperò capaci, da sole, di

Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2005 nonché, più recentemente, si consenta il rinvio a F. AMICI, "Antigiuridicità della condotta e menomazione della libertà negoziale: violenza, *duress* e *undue influence* nella prospettiva civilistica", in A. Balloni, R. Bisi, R. Sette, *Criminologia applicata*, Cedam, 2019, pp. 59 ss.

¹⁶ Costituisce tuttavia un'eccezione, rispetto alle aree di insegnamento di *civil law*, la disciplina francese dei vizi del consenso che, come recentemente riformata, reca, tra gli altri, profili innovativi anche con riguardo al concetto di violenza civilistica. Il *code civil* difatti, sulla scorta dell'*ordonnance* del 10 febbraio 2016 (*portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*), ha notevolmente ampliato il campo di applicazione della violenza contrattuale, annettendo autonoma rilevanza all'*état de dépendance* di un contraente rispetto all'altro. L'art. 1143 cod. civ., stabilisce, difatti, che si ha egualmente violenza laddove una parte, abusando dello stato di dipendenza del proprio contraente, ottenga il perfezionamento di un contratto che quest'ultimo non avrebbe assunto in assenza di tale stato di costrizione. Sulla riforma dei vizi del consenso nel *code civil* si veda, per tutti, A. Gorgoni, "La riforma dei contratti in Francia. I vizi del consenso nel code civil: un confronto con la disciplina italiana", in *Giur. it.*, 2018, 5, pp. 1216 ss.

¹⁹ Sebbene il *Sexually Transmitted Debt* si raffini, nel suo nucleo essenziale, nell'indebito sfruttamento degli stati psicologici della vittima, non di rado, a tale condotta, se ne accompagna anche una di matrice dolosa, tesa a prospettare una falsa rappresentazione della realtà sì da condizionare ulteriormente la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo.

²⁰ Il tema della violenza nel contratto è stato diffusamente indagato dalla dottrina domestica. In questa sede ci si limita a segnalare, tra i molti, F. Carresi, "La violenza nei contratti", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, pp. 411 ss.; G. Criscuoli, "Violenza fisica e violenza morale", in *Riv. dir. civ.*, 1970, p. 127 ss.; A. Trabucchi, "Violenza (Vizio della volontà) (dir. vig.)", in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 941 ss.; E. Del prato, *La minaccia di far valere un diritto*, Cedam, Padova, 1990; G. D'Amico, "Violenza (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 858 ss.; M. Di Bartolomeo, *La violenza morale nei contratti*, ESI, Napoli, 1996; C. Cicero, *op. cit.*; A. Figone, *op. cit.* Nella dottrina più lontana nel tempo si veda, per tutti, G.B. FUNAIOLI, *La teoria della violenza nei negozi giuridici*, Athenaeum, Roma, 1927.

¹⁶ Cfr., B. Fehlberg, *op. cit.*, pag. 322, la quale evidenzia come la riflessione sul *Sexually Transmitted Debt* si sia sviluppata principalmente nel contesto australiano, nel Regno Unito e, sia pur in minor misura, in Canada.

¹⁷ L'elemento forse più interessante e, nel suo ambito, più singolare per il giurista europeo continentale, si raffina nell'autonoma rilevanza che assume, nelle aree di insegnamento di *common law*, l'*undue influence*, ossia lo sfruttamento, da parte del profittatore, dei condizionamenti interni della vittima al fine di addivenire al perfezionamento di un programma negoziale per sé vantaggioso. A tali condotte viene ricondotto anche il fenomeno del *Sexually Transmitted Debt* che, come si è avuto modo di notare, vede il profittatore impiegare a proprio vantaggio la fiducia e confidenza riposta dal partner per determinarlo a garantire l'adempimento della propria esposizione debitoria. Rispetto al fenomeno dell'*undue influence* la letteratura di lingua inglese è vastissima. Nella manualistica, si vedano, *ex multis*, M. Furmston, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of contract*, 17th ed., Oxford, 2017, pag. 404; R. Stone, J. Devenney, *The modern law of contract*, 12th ed., Oxon, Routledge, 2017, pp. 357 ss. Rispetto alla dottrina italiana, per uno sguardo comparato sul fenomeno dell'*undue influence* si veda C. Cicero, *La violenza nel negozio giuridico*, Padova, Cedam, 2000; A. Figone, *La violenza, Il Cod. Civ. Comm., Art. 1434-1438*, già diretto da P.

occasionare l'opportunità, per l'osservatore domestico, di ripensare i rigidi dogmatismi che informano la riflessione sul concetto civilistico di violenza.

Difatti, sebbene non sia possibile, in questa sede, procedere ad una minuziosa esegesi di tale importante questione, è nondimeno ben evidente come un'interpretazione del concetto di violenza strettamente legata al mezzo di esecuzione piuttosto che agli effetti della condotta condiziona notevolmente la sussumibilità, nell'alveo dei vizi del consenso, di un'ampia fenomenologia di condotte che, pur in grado di menomare la libertà di autodeterminazione della vittima, tuttavia non si affinano nella minaccia di un male futuro, grave e ingiusto. Ebbene, tra queste ben può ascriversi anche il *Sexually Transmitted Debt* che, sfruttando principalmente, ma non esclusivamente, gli stati psicologici autonomamente formati nella coscienza della vittima, verrebbe verosimilmente attratto, *rebus sic stantibus*, nell'alveo del timore riverenziale che, a mente dell'art. 1437 cod. civ., sconta un giudizio di irrilevanza giuridica.

Infine, a completamento di tale sintetico inquadramento, anche sul piano effettuale il *Sexually Transmitted Debt* presenta sensibili deviazioni rispetto alle tradizionali forme di coartazione del consenso, specie ove la condotta del profittatore solleciti la vittima all'impiego, quale collaterale, dell'immobile adibito a residenza familiare.

Difatti, laddove il profittatore si renda inadempiente dell'obbligazione assunta, è agevole comprendere come l'eventuale perdita della casa familiare conseguente alle azioni esecutive del ceto creditizio risulti pregiudizievole, oltre che per il coniuge vittimizzato, anche per gli altri componenti del nucleo familiare, tra i quali assumono un ruolo

preminente i figli, soprattutto se minori²¹.

4. Le ragioni sottese alla capillare diffusione dei fenomeni di *Sexually Transmitted Debt*.

Se il complesso di dati riferiti, tra i quali spiccano le problematicità nel ricondurre il *Sexually Transmitted Debt* nell'alveo dei vizi del consenso, sembra motivare, limitatamente alle aree di insegnamento di *civil law*, la scarsa attenzione serbata al fenomeno investigato, appare invece tutt'altro che sopito il dibattito sviluppatosi intorno all'individuazione delle ragioni sottese alla capillare diffusione di tale forma coazione.

Poiché sarebbe esorbitante, rispetto all'economia del presente elaborato, una puntuale disamina di un tema assai sfuggente e di così ampio respiro, ci si limita qui a segnalare come, per un'opinione, ad assumere valore dirimente sarebbe soprattutto la condizione di dipendenza economica della moglie rispetto al marito²². Altri invece, con evidente debito rispetto a diffusi stereotipi di genere, valorizzano l'assenza di specifiche competenze nell'ambito economico-giuridico in capo alla vittima, competenze, quest'ultime, imprescindibili per un'esauritiva comprensione dell'operazione negoziale ma anche, *a fortiori*, per limitare l'esposizione a siffatte condotte vittimizzanti²³.

²¹ In tale prospettiva, non sembra azzardato ascrivere il *Sexually Transmitted Debt* tra le condotte contrarie al *best interest of the child*.

²² In tal senso si orienta la precisa ricostruzione di P. Baron, *op. cit.*, pp. 25 ss.

²³ Competenze che, in considerazione della crescente complessità dei modelli giuridici impiegati, appaiono nell'attuale scenario economico del tutto imprescindibili per una partecipazione consapevole al traffico giuridico. Peraltro, un'approssimativa comprensione dell'operazione negoziale perfezionata non sembra imputabile soltanto alla scarsa scolarizzazione, poiché anche in presenza di adeguate competenze economico-giuridiche non può escludersi, in via aprioristica, l'esposizione della vittima a tali fenomeni di vittimizzazione. A conforto di tali considerazioni si ponga mente al crescente numero di unioni matrimoniali tra persone appartenenti a culture differenti, ove la mancanza di una tradizione culturale e linguistica comune ben può accentuare situazioni di potenziale disparità all'interno della compagine

Per un'altra opinione la crescente diffusione dei fenomeni di *Sexually Transmitted Debt* non sarebbe disgiungibile dalla tendenza nell'affidare la gestione del patrimonio familiare al marito, nonché dalla propensione, da parte della moglie, a non sollecitare delucidazioni rispetto ad operazioni negoziali di natura finanziaria, sì da non minare il rapporto di fiducia con il partner²⁴.

Infine, merita considerazione anche il rilievo di chi, con ulteriore impegno deduttivo, sposta il centro focale sui condizionamenti derivanti da pregressi episodi di violenza familiare, evidenziando, non a torto, come tali contingenze possano rappresentare un terreno fertile per l'innestarsi di ulteriori condotte vittimizzanti, tra le quali è possibile annoverare anche il *Sexually Transmitted Debt*²⁵.

Sebbene non sia questa sede per addentrarsi ulteriormente nella disputa vivissima che ferve, sul punto, tra i moderni scrittori, è sicuro, nondimeno, il debito di tali impostazioni nei confronti di un retaggio culturale oggi sprovisto, oltre che di solide basi dogmatiche, di validi appoggi ricostruttivi.

Non va inoltre sottaciuto come tali coordinate ermeneutiche manchino di valorizzare aspetti di ben più stretta attualità che, non sembra azzardato affermare, assumono oggi valore decisivo rispetto alla crescente diffusione di tali fenomeni di violenza domestica.

A conforto di tale considerazione basti qui alludere

familiare. Orbene, tale disequilibrio non soltanto impatta sulla partecipazione del coniuge straniero al traffico giuridico, ma lo espone, con maggiore probabilità, ai fenomeni di *Sexually Transmitted Debt*. Rinviene nella mancanza di capacità rispetto all'esatta comprensione della transazione un elemento in grado di rendere la vittima maggiormente esposta ai condizionamenti emotivi, pur vagliando questioni del tutto differenti dal *Sexually Transmitted Debt*, anche Barlett J., in *Louth v. Diprose* (1992) HCA 61.

²⁴ J. Pascoe, *op. cit.*, pag. 61.

²⁵ Australia's National Research Organisation for Women's Safety, *Building effective policies and services to promote women's economic security following domestic violence: State of Knowledge paper Issue 7* (August 2015).

ai profondi condizionamenti derivanti dal processo di globalizzazione, e alle unioni, nel vincolo matrimoniale, di individui appartenenti a tradizioni culturali, economiche e linguistiche assai eterogenee. È infatti di palmare evidenza che la mancanza di una tradizione linguistica comune possa, da sola, motivare le disuguaglianze all'interno del consesso familiare, soprattutto ove il *ménage* familiare si svolga in un luogo con tradizioni culturali e linguistiche del tutto differenti da quelle della moglie, accentuando, così, quella condizione di disequilibrio tra coniugi imprescindibile per il manifestarsi dei fenomeni di *Sexually Transmitted Debt*²⁶.

Unitamente ai condizionamenti derivanti dall'ineluttabile processo di globalizzazione, anche lo scenario di neutralità legislativa sembra assumere valore decisivo in tale prospettiva. Difatti, la sostanziale assenza di un corpo di norme volto a prevenire tale forma di vittimizzazione costituisce, per certo, una circostanza in grado di stimolare una più capillare diffusione del contegno violento indagato²⁷.

²⁶ La stretta correlazione tra competenze linguistiche e debolezza di uno dei contraenti non è un concetto nuovo nella riflessione di *common law*. A tal riguardo, d'uopo il riferimento a *Blomley v. Ryan* (1956) 99 CLR, in cui viene posta in evidenza, sia pur rispetto a problematiche diverse dal *Sexually Transmitted Debt*, come una scarsa familiarità con la lingua possa costituire, tra le altre, una circostanza tale da porre una parte del rapporto negoziale in condizione di speciale svantaggio. Cfr., sul punto, P. Baron, "Give and Take: Unconscionability & Pervasiveness of Gender Stereotypes", in AA.VV., *Australian Feminist Judgments: righting and rewriting law*, Hart Publishing, Londra, 2014, pag. 193.

²⁷ Poiché sul terreno del *Sexually Transmitted Debt* confluiscono questioni interpretative assai eterogenee, non desta impressione come lo sforzo del legislatore di fare ordine in tale materia sia piuttosto limitato. Senza addentrarsi nella disciplina ci si limita notare, avuto riguardo all'esperienza australiana, come il *Trade Practice Act 1974*, il *Fair Trading Acts* nonché l'*Australian Securities*, pur predisponendo un corpo normativo teso a tutelare il sottoscrittore di servizi di natura finanziaria dalle condotte illecite degli intermediari finanziari, non riferiscono espressamente al fenomeno del *Sexually Transmitted Debt*. Cfr., sul punto, *Sexually transmitted /emotionally-transmitted debt*, *Australian Feminist Judgments Project*. Una menzione a parte merita il *Code of Banking Practice* dell'*Australian Banking Association* che, pur mancando l'occasione di

5. *Yerkey v. Jones* e il principio della *special equity wives*.

In questo insieme sociologicamente e giuridicamente complesso di prospettive non desta impressione che anche il fraseggiare della giurisprudenza si sia mostrato ondivago nell'affrontare i temi, di per sé assai sfuggenti, connessi al *Sexually Transmitted Debt*.

Per un primo orientamento, in cui è evidente il debito rispetto a stereotipi culturali di incerta attualità, alla moglie che contragga nell'esclusivo interesse del marito dovrebbe essere assicurata, *ipso facto*, una speciale protezione – c.d. *special equity wives* – consistente, in estrema sintesi, in un differente riparto dell'onere probatorio in sede contenziosa.

A mente dell'opposta corrente interpretativa il *Sexually Transmitted Debt* non varrebbe invece a giustificare un trattamento di particolare favore per la moglie che, ove esposta a tali condotte, ben potrebbe trovare conforto nelle ordinarie azioni, di natura equitativa, invocabili al ricorrere dei fenomeni di *undue influence*, cui si ascrive, tra gli altri, anche il fenomeno indagato²⁸.

A sostegno del primo approdo milita quanto

assumere una posizione netta rispetto al fenomeno investigato, si rivela assai prezioso in un'ottica di prevenzione di tale forma di vittimizzazione coniugale. Difatti, nella sezione 29.1, il *Code of Banking Practice* preclude espressamente agli intermediari finanziari di accettare, come condebitori, coloro i quali non risultino in alcun modo beneficiati dall'operazione negoziale sottesa. Orbene, appare d'immediata intelligenza come una disposizione di tal portata, sebbene dotata di incerto valore prescrittivo, si riveli di particolare utilità in un'ottica di prevenzione dei fenomeni di *Sexually Transmitted Debt*, precludendo il compimento dell'operazione cui tale condotta è finalizzata.

²⁸ *Barclays Bank plc v. O'Brien* (1993) UKHL 6 All ER 417. A tali contrapposte correnti interpretative se ne aggiunge anche una terza, definita *agency theory*. Per tale coordinata ermeneutica il marito sarebbe da considerarsi una sorta di agente del terzo finanziatore, il quale agirebbe per assicurare al terzo l'ottenimento del consenso della moglie. Teoria, quest'ultima, che nonostante sporadici tentativi di riattualizzarne la portata, è sostanzialmente scomparsa dal *case law* anglosassone. Così, M. Bailey, *op. cit.*, *passim*, pp. 1005 ss.

rassegnato in *Yerkey v. Jones*²⁹. In tale precipitato il collegio giudicante, all'esito di un'articolata vicenda giudiziaria, non ha esitato a ritenere che, ove la moglie intenda costituirsi garante dell'esposizione debitoria del marito senza comprendere esattamente i termini dell'operazione e senza che il creditore abbia negoziato direttamente con la stessa, a questa debba essere *prima facie* riconosciuto il diritto di sottrarsi dall'adempimento dell'obbligazione così assunta³⁰.

Tale proposizione teorica, per lungo tempo rimasta isolata, si raffina, nel suo nucleo essenziale, nella condizione di disequilibrio che informa il rapporto coniugale rispetto all'assunzione di decisioni aventi natura finanziaria³¹.

Per il collegio, difatti, tali scelte non verrebbero valorizzate da una partecipazione libera e consapevole della moglie, la quale, in ragione della fiducia e confidenza riposta nel partner, verrebbe a trovarsi, *ipso facto*, in una posizione di inferiorità rispetto a quest'ultimo. Tale situazione di disequilibrio giustifica il bisogno di protezione della moglie che contragga nell'esclusivo interesse del marito, la quale, in virtù degli stati psicologici interni summenzionati, sarebbe maggiormente esposta all'indebita influenza di quest'ultimo. Tale esigenza di protezione, secondo la corte, ben potrebbe soddisfarsi ricorrendo all'applicazione del principio della *special equity wives*, che consentirebbe alla moglie di sottrarsi più agevolmente dall'adempimento dell'obbligazione assunta, salvo il creditore, sul quale graverebbe l'intero onere probatorio, riesca a dimostrare che il consenso non fosse in alcun modo viziato dall'altrui indebita influenza, né, tantomeno,

²⁹ *Yerkey v. Jones* (1939) 62 CLR 649.

³⁰ Cfr. M. Bailey, *op. cit.*, pag. 1006; S. Hepburn, "The Yerkey Principle and Relationship of Trust and Confidence: *Garcia v. National Australia Bank*", in *Deakin Law Review*, 1997, pag. 99.

³¹ *Ibidem*.

da una scarsa comprensione dei termini dell'operazione compiuta³².

6. *Barclays Bank plc v. O'Brien* e il mancato recepimento del principio della *special equity wives*.

Pur pregevole nell'anteporre, alle altre, l'esigenza di apprestare la miglior tutela per il coniuge vittimizzato, il principio della *special equity wives* non ha mancato di suscitare perplessità tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Tale coordinata ermeneutica, nel cui nucleo essenziale si scorge, ben evidente, il debito nei confronti di una visione eccessivamente paternalistica e antropocentrica, non sembra disgiungibile dalla constatazione che la moglie, laddove contragga nell'esclusivo interesse del marito, sia, *ipso facto*, in una posizione di inferiorità rispetto a quest'ultimo.

Constatazione, quest'ultima, che oltre a mostrarsi del tutto inadeguata rispetto alle profonde evoluzioni del ruolo della donna all'interno della società³³, tratteggia un'involuzione culturale che giustifica, anzi nobilita, le disuguaglianze e motiva le discriminazioni.

Per quanto osservato non desta dunque impressione che tale principio abbia faticato, sino al più recente passato, a godere di larghi consensi in giurisprudenza, la quale, sulla scorta delle rilevate derive discriminatorie, non ha mancato l'occasione

di ripensare l'approccio al fenomeno del *Sexually Transmitted Debt*, come emerge, con estremo nitore, in *Barclays Bank plc v. O'Brien*³⁴.

In tale approdo, difatti, la corte rilutta con forza il recepimento del principio della *special equity wives* e riafferma, per converso, la piena vigenza degli ordinari rimedi posti a presidio delle condotte riconducibili nell'alveo dell'*undue influence*³⁵. Nel processo argomentativo i giudici evidenziano come il principio della *special equity wives* sia sprovvisto di salde basi dogmatiche, essendo fuori discussione che la fiducia e la confidenza naturalmente riposte nel partner possano motivare un trattamento di favore per una specifica categoria di persone e, *a fortiori*, rispetto ad una circoscritta tipologia di operazioni negoziali.

Di poi, si osserva come l'opzione ermeneutica accolta in *Yerkey v. Jones*, della quale se ne preconizza un'inesorabile e definitiva caducazione, si mostri inadeguata, oltre che sul piano sociologico, anche in termini di stretto diritto. Invero, poiché tale principio impatta notevolmente sul riparto dell'onere probatorio, una sua pedissequa applicazione varrebbe a ritenere integrata, in tale contesto, una presunzione di indebita influenza del marito rispetto alla moglie. Preposizione, quest'ultima, che oltre a non trovare unanimità di consensi in letteratura, difetta, soprattutto, dell'avallo della giurisprudenza, che, all'opposto, ha ripetutamente negato cittadinanza ad una

³² *Ibidem*, pag. 104. Sebbene la *special equity wives* venga solitamente ascritta alle coordinate ermeneutiche svolte in *Yerkey v. Jones*, vale la pena di osservare come tale principio riflette non già l'opinione di tutti i *Lords* componenti il collegio giudicante, bensì quella del solo J. Dixon.

³³ Cfr. B. Fehlberg, op. cit., pag. 467. Sul punto, si vedano anche le conclusioni cui è pervenuto K. Dunn, "Yakking Giants: Equality Discourse in the High Court", in *Melbourne University Law Review*, 2000, pag. 439, per il quale l'ineguaglianza di genere non costituisce presupposto adeguato a giustificare un trattamento di speciale protezione. Nel medesimo termini si esprime anche D. Otto, op. cit., pag. 818.

³⁴ *Barclays Bank plc v. O'Brien* (1993) UKHL 6 All ER 417.

³⁵ Nella tradizione giuridica anglo-americana, l'*undue influence* descrive la condotta di chi, pur senza l'impiego di violenza, solleciti il perfezionamento di un programma negoziale che si riveli, per la controparte, svantaggioso, sfruttando la propria posizione di preminenza ovvero la fiducia di quest'ultima. Tratto tipologico di tale forma di coartazione del consenso è la mancanza di una condotta violenta propriamente intesa, abbisognando soltanto, affinché il programma negoziale si reputi viziato, che il consenso sia menomato dall'altrui influenza, intenzionale o meno.

presunzione di tal specie³⁶.

Sotto altro versante il collegio rileva come l'opportunità di ripensare il principio della *special equity wives* sia propiziata anche da una più attenta valutazione dell'impatto dell'*invalidating tendency* di tali programmi negoziali rispetto all'affidamento del terzo nonché alla circolazione del credito.

Se in *Yerkey v. Jones* appare infatti soltanto lambito, se non propriamente in ombra, tale groviglio concettuale, in *Barclays Bank plc v. O'Brien* si evidenzia come tale principio esponga il creditore ad un maggior rischio che la garanzia ottenuta si riveli, nei fatti, nulla più di un mero *flatus vocis*. A tale incertezza consegue, è sin ovvio rilevare, una minore propensione a perfezionare negozi di tal guisa e, *a fortiori*, l'accentuarsi della già diffusa

condizione di *credit crunch*³⁷.

Infine, con spiccata pervicacia, la corte non manca di notare come il recepimento di tale opzione ermeneutica possa accentuare la diffusione di condotte abusive da parte di una specifica categoria di debitori, che, eccedendo artificiosamente ora un'indebita influenza ora la carenza di esaustive spiegazioni rispetto ai documenti sottoscritti, verrebbe in tal modo a disporre di una corsia preferenziale per sottrarsi dall'adempimento dell'obbligazione assunta³⁸.

Per le ragioni sinteticamente rassegnate, in *Barclays Bank plc v. O'Brien* si esclude l'opportunità di recepire il principio della *special equity wives*, assumendosi, per converso, come un'adequata tutela rispetto al fenomeno del *Sexually Transmitted Debt* ben possa essere assicurata ricorrendo alle ordinarie azioni, di natura equitativa, poste a presidio di condotte riconducibili nell'alveo dell'*undue influence*.

Tale precipitato, nel quale ben si coglie il soffio innovatore rispetto a *Yerkey v. Jones*, non costituisce tuttavia il solo elemento di originalità rispetto al precedente orientamento. Difatti, la corte ben evidenzia che, pur senza invocare il principio della *special equity wives*, al creditore non verrebbe comunque garantita la stabilità del programma negoziale perfezionato, attesa la propensione, nelle corti di *equity*, al riconoscimento delle ragioni del coniuge che, pur senza comprenderne appieno la

³⁶ Al pari della *duress*, anche l'*undue influence* costituisce una fattispecie affatto unitaria, essendo possibile distinguere almeno due principali categorie, ossia l'*actual undue influence* (c.d. *Class 1*) e la *presumed undue influence* (c.d. *Class 2*), come assunto dapprima in *Royal Bank of Scotland v. Etridge* (2001), UKHL 44 e, di poi, in *Barclays Bank plc v. O'Brien*. Mentre nell'*actual undue influence* l'antigiuridicità della condotta del profittatore va provata in giudizio, per converso, nella *presumed undue influence*, il soggetto passivo deve soltanto dimostrare l'esistenza di un rapporto di fiducia e confidenza con il profittatore di tal specie da far supporre che quest'ultimo ne abbia illecitamente determinato la volontà. Nondimeno, la *presumed undue influence* è suscettibile di essere suddivisa in ulteriori due sottocategorie, a seconda che la relazione intercorrente tra le parti sia tale da far presumere, *ipso iure*, l'altrui indebita influenza nel perfezionamento del contratto (c.d. *Class 2A*), ovvero che, pur non sussistendo una relazione di tal specie, sia comunque possibile presumere il vizio del negozio purché sia dimostrato che il rapporto sottostante, in virtù di una particolare situazione di fiducia o confidenza, abbia indotto una manifestazione di volontà affatto libera (c.d. *Class 2B*). Nella classe 2A rientrano, a mo' di esempio, i rapporti tra avvocato e cliente, medico e paziente, genitori e figli minori, *trustee* e beneficiari del *trust*, guida spirituale e discepolo. Nella classe 2B possono invece ascrivere i rapporti intercorrenti tra cliente e banca, tra datore di lavoro e lavoratore subordinato e, altresì, tra moglie e marito. Sulla classificazione delle varie tipologie di *undue influence* la letteratura è inevitabilmente vasta. Per un'esattiva ricognizione sul punto ci si limita a rinviare, nella manualistica, a M. FURMSTON, Cheshire, Fifoot & Furmston's *Law of contract*, cit., pag. 404; R. Stone, J. Devenney, *op. cit.*, pp. 357 ss. Da ultimo, vale la pena notare che se i contratti conclusi tra coniugi vengono pacificamente collocato nell'alveo della classe 2B, quelli stipulati tra fidanzati rientrano, invece, nella categoria 2A, come recentemente affermato da *Leeder v. Stevens* (2005) EWCA 50. Cfr., sul punto, M. Chen-Wishart, *Contract Law*, 6th ed., Oxford, 2015, pp. 349 ss.

³⁷ Oltre a compromettere un'efficiente circolazione del credito, tale *invalidating tendency* impatta negativamente anche sul valore del bene offerto in garanzia dai coniugi, il quale, come si è già avuto modo di osservare, non di rado si raffina nella casa adibita a residenza familiare. Invero, una minore propensione a negoziare con i coniugi nonché ad accettare tale forma di collaterale può rendere del tutto sterile il valore di tale cespite. In tal senso, S. Hepburn, *op. cit.*, pag. 110. Le medesime preoccupazioni vengono manifestate anche da Lord Browne-Wilkinson in *Barclays Bank plc v. O'Brien*.

³⁸ Come osservato da Kirby J il quale, in *Garcia v. National Australia Bank*, esprime un'opinione del tutto difforme da quella assunta dagli altri componenti del collegio giudicante. *Amplius*, sul punto, S. Hepburn, *op. cit.*, pag. 102.

portata, abbia perfezionato operazioni negoziali nell'esclusivo interesse del proprio partner. A tale proposito, il collegio suggerisce l'adozione di una serie di precauzioni tese a scongiurare la caducazione della posizione di preferenza ottenuta dal creditore. In primo luogo, lo svolgimento di incontri separati con la moglie al fine di prospettarle tutte le potenziali conseguenze dell'operazione. Di poi, per prevenire ulteriori ipotesi di asimmetria informativa, sollecitare la stessa a valersi di una consulenza legale del tutto indipendente rispetto alle parti del contratto³⁹.

7. *Garcia v. National Australia Bank Limited e la rivitalizzazione del principio della *special equity wives*.*

Le proposizioni teoriche rassegnate in *Barclays Bank v. O'Brien*, pur avendo il pregio di superare le derive discriminatorie motivate dalle argomentazioni svolte in *Yerkey v. Jones*, non mancano di suscitare alcune perplessità. Difatti, centro focale di tale precipitato è la piena assimilazione del *Sexually Transmitted Debt* alle comuni forme di indebita influenza dell'altrui libertà di autodeterminazione. Declamazione, quest'ultima, che oltre a difettare dell'avallo della prevalente letteratura, finisce per svilire il dato d'esperienza, il quale mostra come il fenomeno investigato sia informato di peculiarità tali da renderne assai poco plausibile una perfetta assimilazione, specialmente sul piano rimediale, rispetto alle succitate forme di coartazione del consenso negoziale.

Sotto altro versante, anche le considerazioni svolte rispetto alla tutela del legittimo affidamento del terzo sembrano difettare di solide basi argomentative. Attesa la natura essenzialmente larvata di tale forma di violenza è infatti assai poco

verosimile che il creditore possa appurare la libertà del consenso espresso dalla moglie e, in tal modo, mettersi al riparo dalla conseguenze derivanti dalla caducazione della garanzia ottenuta.

Né maggiori sicurezze si rinvergono dalla valorizzazione dell'esatta comprensione dei termini dell'operazione da parte del coniuge vittimizzato. Invero, l'onere di avvedutezza e di consapevole partecipazione al traffico giuridico tende inevitabilmente a degradare rispetto ai fenomeni di *Sexually Transmitted Debt*, che, come si è già avuto modo di osservare, sfruttano principalmente i condizionamenti interni della vittima piuttosto che la sua limitata comprensione dei termini del negozio. In virtù di ciò, pur ipotizzando che la moglie sia ben edotta delle conseguenze dell'operazione negoziale compiuta, non può aprioristicamente escludersi la sua esposizione all'indebita influenza del marito⁴⁰.

Infine, anche l'opportunità che quest'ultima, ove contragga nell'esclusivo interesse del marito, si avvalga di una consulenza legale indipendente sembra una raccomandazione tutt'altro che decisiva rispetto alla tenuta del programma negoziale.

Difatti, se è da escludere *in nuce* l'esistenza di un obbligo di tal specie in capo alle parti contraenti⁴¹, anche laddove quest'ultima intendesse valersi dell'ausilio di un professionista terzo, tale circostanza non varrebbe egualmente ad escludere l'esistenza di una condotta antigiuridica del partner.

Le conclusioni rassegnate in *Barclays Bank plc v.*

⁴⁰ Cfr., *Royal Bank of Scotland Plc v. Etridge*, pag. 20, ove si afferma che la piena comprensione delle implicazioni derivanti dal programma negoziale che si intende perfezionare non vale ad escludere, *sic et simpliciter*, l'esistenza di un'indebita influenza nel processo di formazione del volere.

⁴¹ Si esprime in questi termini, nella giurisprudenza, *Bank of Montreal v. Stuart* (1911) AC 120 (1910) UKPC 53, in cui si afferma come l'eventuale rifiuto di valersi di una consulenza legale indipendente ben potrebbe essere un sintomo dell'indebita influenza del marito sulla stessa. Così, M. Chen-Wishart, *op. cit.*, pp. 354-355.

³⁹ M. Bailey, *op. cit.*, pag. 1009.

O'Brien, oltre a non incontrare unanimità di consensi nella letteratura, difettano pure dell'avallo della più recente giurisprudenza che ha riaffermato, sia pur con taluni adeguamenti, la piena vigenza dei principi espressi in *Yerkey v. Jones*.

La rivitalizzazione di tali coordinate ermeneutiche è stata occasionata da un articolato caso giudiziario inerente alla validità di una garanzia costituita, con il consenso di entrambi i coniugi, sulla casa adibita a residenza familiare e destinata a garantire la restituzione di un finanziamento sottoscritto dal marito e riguardante, in via esclusiva, la propria attività.

Nel tentativo di porre rimedio all'antinomia apparentemente inestricabile di aporie che per lungo tempo hanno contrassegnato il dibattito giurisprudenziale, in *Garcia v. National Australia Bank Limited*⁴² la corte assume una posizione del tutto eclettica rispetto al fenomeno indagato, mostrandosi riluttante sia nel far proprie le argomentazioni esposte in *Barclays Bank plc v. O'Brien*⁴³, sia, pur lodandone l'impostazione di fondo, nell'accogliere le motivazioni addotte in *Yerkey v. Jones*⁴⁴.

Rispetto alla *vexata quaestio*, i giudici identificano il profilo più denso di criticità non già nel ruolo della moglie nel contesto familiare, né, tantomeno, nel grado di avvedutezza impiegato per il

perfezionamento di un programma negoziale nell'esclusivo interesse del marito. Per contro, in tale precipitato il cono visuale viene rivolto verso l'impatto dei condizionamenti derivanti dalla fiducia e confidenza riposti nel partner rispetto al perfezionamento di tali negozi.

Per il collegio, infatti, nel contesto familiare non desta impressione che le decisioni di natura finanziaria siano sovente assunte a fronte di un confronto assai limitato tra i coniugi. Tale circostanza, tuttavia, non sarebbe da ricondursi necessariamente ad un'*agere* anti-giuridico del marito, né ad uno sbilanciamento di ruoli tale da collocare, *ipso facto*, la moglie in una posizione di inferiorità rispetto a quest'ultimo. All'opposto, un limitato confronto, e, dunque, un'approssimativa comprensione dei termini dell'operazione da parte della moglie, non di rado costituiscono la conseguenza della profonda fiducia e confidenza riposta, dalla prima, nei confronti del partner⁴⁵.

Orbene, per la corte, tali stati psicologici, sebbene non impattino in senso sostanziale sulla parità di ruoli all'interno del consesso familiare, pongono nondimeno la moglie in una condizione di asimmetria informativa tale da renderla assai maggiormente sensibile ai fenomeni di *Sexually Transmitted Debt*.

Per tale ragione, laddove emerga che la moglie, in virtù dei condizionamenti derivanti dagli stati psicologici interni di fiducia e confidenza riposti nel partner, abbia espresso un consenso non valorizzato da una piena comprensione dell'operazione, una corretta applicazione del principio della *special equity wives* varrebbe a ripristinare, sia pure in via rimediabile,

⁴² *Garcia v. National Australia Bank Limited* (1998), HCA 48, 6 agosto 1998.

⁴³ Nel rifiutare il recepimento del principio espresso in *Barclays Bank plc v. O'Brien*, la corte evidenzia l'uso distorto della c.d. *constructive notice*, ivi impiegata per verificare l'imputabilità di un'operazione negoziale ad un determinato soggetto piuttosto che come *fiction iuris* della conoscenza di una circostanza rispetto alla quale, pur in mancanza di un'espressa comunicazione, si ritiene edotta una parte.

⁴⁴ Per il collegio le argomentazioni svolte da *Yerkey v. Jones* difetterebbero di attualità, restituendo un'immagine della donna non rispondente ai notevoli mutamenti accorsi nell'attuale contesto sociale. Si esprime in questi termini Kirby, in *Garcia v. National Australia Bank Limited*, il quale rilutta con forza l'idea che possa applicarsi un principio, come quello della *special equity wives*, che, strettamente legato alle sole donne coniugate, si raffina in una classificazione al tempo stesso troppo restrittiva e troppo ampia, oltre che costituire un anacronismo storico.

⁴⁵ *Garcia v. National Australia Bank Limited*. Alle medesime conclusioni era pervenuto anche Scott L.J., in *Barclays Bank plc v. O'Brien*, il quale, in distonia con quanto affermato dagli altri *Lords*, afferma come sia tutt'altro che anacronistica la tendenza all'assunzione delle decisioni di natura finanziaria da parte del marito, cui la moglie si rimette passivamente, finanche subendone le conseguenze negative.

una condizione di equilibrio tra i paciscenti, assicurando al coniuge vittimizzato una più agevole possibilità di sottrarsi dall'adempimento dell'obbligazione contratta.

Da quanto sinteticamente osservato emerge nitidamente la differenza di approccio, rispetto al problema del *Sexually Transmitted Debt*, tra *Garcia v. National Australia Bank Limited* e *Jerkey v. Jones*.

Se in quest'ultimo arresto la *regula iuris* viene elaborata valorizzando unicamente il ruolo della moglie, considerata, *ipso facto*, in una posizione deteriore rispetto al marito, in *Garcia v. National Australia Bank Limited*, per converso, viene abbandonata tale visione antropocentrica in favore di una maggiore oggettivizzazione dei profili vittimologici del *Sexually Transmitted Debt*.

Proprio il superamento di tale visione antropocentrica, oltre che rivitalizzare un principio – quello della *special equity wives* – a lungo tacciato di aver motivato derive discriminatorie rispetto alla condizione della donna, ne ha occasionato, finanche, un radicale ripensamento della portata applicativa.

Difatti, valorizzando l'impatto della fiducia e confidenza rispetto alla libertà di autodeterminazione e non già la condizione di moglie in sé considerata, è agevole affermare come tale peculiare forma di protezione si presti ad essere invocata ben oltre gli angusti confini dei negozi tra coniugi, come confermato, recentemente, anche da *Agripay Pty Ltd v. Byrne*⁴⁶. In tale arresto la corte, muovendo dalle argomentazioni svolte in *Garcia v. National Australia Bank Limited*, osserva come non sussistano validi motivi per limitare l'applicazione della *special equity wives* alle sole transazioni inerenti ai rapporti coniugali eterosessuali, potendosi estendere, per converso, a tutti i negozi perfezionati,

nell'interesse del profittatore, da un soggetto che si trovi in una posizione di particolare vulnerabilità rispetto a quest'ultimo⁴⁷.

8. Riflessioni conclusive.

Sebbene si sia potuto offrire soltanto un panorama dell'ampio tema del *Sexually Transmitted Debt*, anche da queste brevi note emerge di tutta evidenza come la riflessione su tale problematica si riveli assai preziosa per l'osservatore domestico, sollecitandone l'attenzione rispetto ad una forma di coazione del consenso negoziale che, pur sostanzialmente estranea alla riflessione giuridica di *civil law*, non è tuttavia sconosciuta alla prassi negoziale di tali realtà.

Nondimeno, come sovente accade all'esito di uno sguardo comparato, l'indagine sul *Sexually Transmitted Debt* presenta un'utile occasione per rimeditare talune disfunzionalità dommatiche che informano l'ordinamento domestico. Difatti, sebbene in apparenza eterodossa rispetto alla questione investigata, siffatta operazione ermeneutica consente di rimarcare come un'interpretazione eccessivamente stringente della nozione di violenza si riveli la principale paratia alla sussumibilità, dall'alveo dei vizi del consenso, di un'ampia fenomenologia di condotte che, pur non raffinandosi nella minaccia di un male futuro, grave e ingiusto, purtuttavia siano in grado di menomare la libertà di autodeterminazione della vittima.

Oltre che disvelare fecondi spunti di riflessione per l'interprete domestico, l'inquadramento dogmatico del *Sexually Transmitted Debt* si rivela prezioso anche per mettere in luce l'inadeguatezza dell'approccio

⁴⁶ *Agripay Pty Ltd v. Byrne* (2011) QCA 85.

⁴⁷ Tale impostazione era già stata fatta propria da alcuna dottrina che, già in tempi più risalenti, aveva evidenziato come, rispetto a tale forma di violenza, fosse più corretto impiegare l'espressione "*Emotionally Transmitted Debt*" e non già "*Sexually Transmitted Debt*". In tal senso P. Baron, *op. cit.*, pp. 23 ss.

sinora adottato, nelle aree di insegnamento di *common law*, rispetto a tale forma di vittimizzazione del coniuge.

Difatti, l'eccessiva neutralità legislativa e le numerose incertezze mostrate nel dibattito dottrinale hanno contribuito a rendere il *Sexually Transmitted Debt* terreno privilegiato per il fiorire di personali scelte assiologiche dell'autorità giudiziaria, minandone, non di rado, la terzietà e imparzialità⁴⁸.

Si auspica dunque, *de jure condendo*, un maggiore sforzo, tanto del legislatore domestico quanto di quello sovranazionale, nel fare ordine ad una materia così disomogenea, sì da pervenire alla creazione di un corpo di norme in grado di assicurare un'adeguata tutela alle vittime di *Sexually Transmitted Debt* ma anche, e soprattutto, di prevenire la diffusione di tale forma di violenza coniugale.

⁴⁸ Rispetto al pericolo che la perdurante sovrapposizione del potere giudiziario su quello legislativo possa portare ad una violazione del principio di separazione dei poteri, si veda, sia pur in un contesto del tutto differente, G. Vidiri, "La certezza del diritto tra 'positivismo giuridico' e 'giusnaturalismo'", in *Riv. int. di filosofia del diritto*, 2016, pag. 518, nonché Id., "Giusto processo, accertamento della verità materiale e 'imparzialità' del giudice", in *Riv. dir. process.*, 2012, pp. 1547 ss.