



LA TUTELA INDIVIDUALE DEL CONSUMATORE AL DI FUORI DEL CODICE DEL CONSUMO IN CASO DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE.

CRISTINA DALIA

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La tutela individuale del consumatore in caso di pratiche commerciali scorrette: l'ipotesi dell'annullamento del contratto per dolo – 3. Il silenzio e la menzogna nella giurisprudenza della Cassazione penale – 4. La responsabilità civile e penale del professionista – 5. Altre ipotesi di condotte illecite.

1. Com'è noto, il codice del consumo appresta dei rimedi di natura collettiva¹ a tutela del consumatore, che tendono a rimarcare non già l'interesse individuale del singolo, leso da comportamenti scorretti del professionista, ma l'interesse generale della categoria di consumatori a operare in un mercato corretto ed equilibrato.

La disciplina consumeristica, fatte salve le ipotesi peculiari in cui riconosce al consumatore una tutela individuale² e diritti contrattuali specifici³, non sancisce un generico sistema sanzionatorio in caso di comportamento illecito del professionista, posto in essere in qualunque fase della contrattazione.

E ciò perché è prioritario garantire, di volta in volta, l'equilibrio normativo ed economico nel contratto, attraverso la rimozione delle asimmetrie informative e le asimmetrie di potere economico e contrattuale, intervenendo con il rimedio ritenuto più idoneo, nella logica che ispira la disciplina speciale di settore della contrattazione del consumatore.

Se si prescinde da questi strumenti specifici, che non sempre danno al consumatore completo ristoro per il tipo di lesione subita, eventuali pretese risarcitorie individuali saranno esperibili secondo le regole generali del codice civile o di quello penale.

Sono numerose, infatti, le ipotesi in cui il codice del consumo rimanda, per quanto non espressamente disciplinato, alla legge ordinaria⁴.

¹ Il riferimento è ovviamente all' inibitoria collettiva delle clausole abusive (art. 37 cod. cons.), al procedimento amministrativo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in caso di pratiche commerciali scorrette (artt. 27 cod. cons.), e all'azione collettiva risarcitoria di cui all'art. 140-*bis* cod. cons.

² Quale, ad esempio, quella dell'azione di nullità di protezione dell'art. 36 cod. cons.

³ Si pensi al diritto di recesso degli artt. 64, 67-*duodecies*, 73; al diritto alla riparazione, sostituzione, riduzione del prezzo o risoluzione in caso di vendita di beni di consumo (art. 130, comma 2); alle ipotesi di responsabilità civile (artt. 93, 94, 95 114) e penale (artt. 112, 114).

⁴ Si pensi all'art. 38 cod. cons., che rinvia alla disciplina generale del contratto per quanto non espressamente previsto dal codice del consumo in tema di contratti del consumatore; all'art. 19, comma 2, lett. *a*, che, in tema di pratiche commerciali scorrette, fa salva l'applicazione delle disposizioni contrattuali sulla formazione, validità ed efficacia del contratto, nonché a tutti i rinvii alla legge penale



In ogni caso, l'assenza di un rinvio espresso alla legge civile o penale in altre sedi del codice del consumo – a ciò vale l'esempio delle pratiche commerciali scorrette ove non c'è un richiamo all'azione generale di responsabilità civile o ad una fattispecie di reato – ovviamente non ne esclude l'applicazione, considerata la natura speciale della disciplina di settore.

In sostanza, al di là da superflue verifiche circa l'idoneità delle tutele collettive della disciplina consumeristica, quel che vuole accertarsi con la presente indagine è la forma di protezione individuale che meglio si attaglia alle esigenze del consumatore, privato della sua autodeterminazione, che ha interesse ad ottenere un risarcimento diretto ed immediato dal danneggiante. L'adozione di strumenti di tutela collettiva, quindi, non osta al ricorso ai rimedi tradizionali che, appunto, affiancati a quelli nuovi, svolgono una efficace funzione preventiva e deterrente nei confronti del contraente forte dal porre in essere condotte lesive dell'altrui volontà contrattuale. E ciò che rileva è proprio la libertà del consumatore di assumere decisioni contrattuali consapevoli, al fine di rimuovere la disparità di potere economico e giuridico che caratterizza la contrattazione tra imprese e consumatori.

2. Il problema della tutela individuale del consumatore è stato immediatamente avvertito dalla dottrina già all'indomani della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, e immediatamente dopo la sua attuazione nell'ordinamento italiano, per la indiscussa evocazione del dolo-vizio della volontà presente nella normativa.

Le definizioni delle azioni e delle omissioni ingannevoli – rispettivamente di cui agli artt. 21, comma 1 e 22, comma 2, cod. cons. – concretandosi nell'idoneità delle stesse ad indurre il consumatore medio a prendere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso, infatti, lasciano intendere che, concettualmente, non vi è nulla di dissimile rispetto al raggio che, *ex art. 1439 c.c.*, è idoneo a spingere il *deceptus* a stipulare un contratto non voluto.

In dottrina, infatti, si afferma che la sanzione amministrativa, posta a garanzia della concorrenza e diretta a tutelare l'interesse collettivo dei consumatori a non subire, da parte dell'imprenditore, violazioni di regole di condotta sul mercato, non esclude la tutela individuale del singolo consumatore⁵, che può tradursi, ad esempio,

per il caso in cui la violazione costituisca reato: artt. 12, 32, 62, 67-*septies decies*, 81, 112, 127, 135, cod. cons.

La scelta per forme di tutela collettive e sanzioni amministrative, nonché il frequente rinvio alla legge penale, confermano la rilevanza pubblicistica della disciplina consumeristica. In realtà si tratta di una scelta di politica legislativa tesa a garantire il corretto funzionamento del mercato.

⁵ A. CIATTI, *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, in «*Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*», a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, p. 272 ss., a tal proposito cita il nono considerando della direttiva che fa salvi i ricorsi individuali di chi è leso dalla pratica.

Per G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE, Contenuti, rationes, caratteristiche, ivi*, p. 5, la direttiva è indispensabile per rimuovere o ridurre gli ostacoli che si frappongono alla promozione degli



nell'azione di annullamento del contratto, da attuarsi secondo le regole proprie del codice civile⁶.

A dire il vero, la identificazione della protezione individuale del consumatore, in tale ambito, con l'azione di annullamento rischia di rimanere ancorata ad un discorso meramente teorico che non tiene conto della realtà dei traffici.

La prima ragione di ordine pratico, che sembra ostare al ricorso all'annullamento, in caso di pratiche commerciali scorrette, coincide con la ricostruzione assai rigida che la giurisprudenza e parte della dottrina fanno del comportamento doloso, legata alla logica egualitaria del codice civile che concepisce il

scambi transfrontalieri necessari per il raggiungimento dei due obiettivi fondamentali per lo sviluppo del mercato interno: l'armonizzazione dei prezzi e l'ampliamento e la diversificazione dell'offerta dei prodotti e dei servizi.

⁶ Si veda C. GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e contratti*, n. 10/2007, p. 781 ss. La tutela collettiva dell'AGCM non esclude quella individuale dell'annullamento del contratto anche se i presupposti di entrambe sono completamente diversi, essendo più rigido l'accertamento in sede civile ove sono richiesti un inganno determinante ed effettivo, l'intenzionalità del dolo omissivo come artificio che esclude il semplice mendacio e la minaccia di un male ingiusto in caso di annullamento per violenza.

L'autore (p. 783 s.) evidenzia che si è in presenza di una duplice forma di tutela: quella collettiva – volta al corretto funzionamento del mercato interno attraverso pratiche che ledono gli interessi economici dei consumatori collettivamente considerati – e quella individuale del codice civile attraverso l'annullamento del contratto. Infatti, all'interno della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette sono presenti sia obblighi specifici di informazione (artt. 22, comma 2; 21, comma 3; 22, comma 4), che obblighi generici (art. 22, comma 1) che rilevano *ex artt.* 1439, 1337 e 1440 c.c. quale reticenza determinante del consenso.

In senso pienamente conforme alla tesi dell'annullamento e del risarcimento *ex art.* 1337 c.c. si mostra F. LUCCHESI, *Art. 20-23*, in *Codice del consumo, Aggiornamento*, a cura di Vettori, Padova, 2009, p. 54.

Anche M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 238 ss. è in favore della coincidenza delle azioni ed omissioni ingannevoli con i vizi del consenso.

Nel senso della nullità del contratto, invece, è A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 171. A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, cit., p. 250 ss., si augurava che il legislatore, in sede di attuazione, intervenisse esprimendo apertamente preferenza per il rimedio individuale che, nella logica consumeristica, avrebbe potuto essere il riconoscimento di un diritto di ripensamento o la previsione della nullità di protezione, posto che, seppur evidente il richiamo ai vizi della volontà, l'annullamento non sarebbe stato sufficientemente garantista dal punto di vista probatorio.

A dire il vero, è preferibile ritenere che in caso di pratiche commerciali scorrette la sanzione individuale applicabile non sia sempre quella della nullità, se non nei casi in cui ricorrano le specifiche cause come ad esempio l'impossibilità o l'illiceità dell'oggetto o dell'illiceità della causa. Sul punto ampiamente C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, n. 10/2009, p. 778 s.



rapporto contrattuale come un modello ad armi pari tra soggetti ben individuati, logica molto dissimile da quella che invece contraddistingue la contrattazione di massa⁷.

Ne consegue che, ai fini dell'annullamento, sembrerebbe, a primo acchito, che debbano ricorrere ed essere dimostrati dal *deceptus* i quattro elementi fondamentali del dolo-vizio, vale a dire: la condotta attiva, l'intenzionalità dell'inganno⁸, il nesso di causalità tra raggiro e conclusione⁹ e l'idoneità del raggiro a sorprendere una persona di normale diligenza¹⁰.

Rectius, la condotta attiva e l'intenzionalità dell'inganno sono i due elementi del dolo-vizio che si desumono dall'orientamento prevalente che richiede, in caso di silenzio o menzogna, un complesso comportamento adeguatamente preordinato con malizia e astuzia a realizzare l'inganno¹¹. E il rigore di siffatta interpretazione si

⁷ Così C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, p. 779.

⁸ In dottrina, per tutti, A. TRABUCCHI, voce *Dolo*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, Torino, 1960, p. 153. In senso contrario R. SACCO, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Tomo I, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1993, p. 424.

⁹ In favore del nesso di causalità tra il raggiro e la conclusione del contratto, nel senso appunto che il consenso deve essere frutto dell'induzione in errore, per tutte: Cass. 23 giugno 2009, n. 14628, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 6, p. 963; Cass. 25 maggio 2006, n. 12424, in *Giust. civ.*, 2007, 6, p. 1446; Cass. 27 ottobre 2004, n. 20792; Cass. 4 maggio 1999, n. 4409; Cass. 11 marzo 1996, n. 1955, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 180.

¹⁰ Cass. 23 giugno 2009, n. 14628, cit; Cass. 12 giugno 2008, n. 15706, in *Guida dir.*, 2008, 42, p. 84; Cass. 19 luglio 2007, n. 16031, in *Vita not.*, 2007, 3, p. 1206; Cass. 27 ottobre 2004, n. 20792, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, f. 1; Cass. 28 ottobre 1993, n. 10718, in *ivi*, 1993, p. 1528; Cass. 12 gennaio 1991, n. 257, *ivi*, 1991, f. 1; Cass. 18 gennaio 1979, n. 363, in *ivi*, 1979, p. 168; R. CAVALLO BORGIA, *Art. 1439, in Della simulazione, Della nullità del contratto, Dell'annullabilità del contratto, artt. 1414-1446*, in *Commentario al codice civile* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1998, p. 472 s. Contra, nel senso che la diligenza non rileva: Cass. 29 agosto 1991, n. 9227, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, f. 8; P. GALLO, *I vizi del consenso*, in *I contratti in generale*, Tomo I, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 469.

¹¹ Con espresso riferimento alla condotta omissiva del silenzio che deve correderci di malizia e astuzia *ex plurimis*: Cass. 12 giugno 2008, n. 15706, cit. (che parla di omissioni sulla situazione patrimoniale della società); Cass. 19 settembre 2006, n. 20260, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 1, p. 75; Cass. 20 aprile 2006, n. 9253, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 4; Cass. 15 marzo 2005, n. 5549, in *Dir. e giust.*, 2005, p. 21; Cass. 12 febbraio 2003, n. 2104, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 318; Cass. 17 maggio 2001, n. 6757, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 729; Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, p. 1214; Cass. 18 ottobre 1991, n. 11038, *ivi*, 1991, f. 10; Cass. 18 gennaio 1979, n. 363, cit. In senso contrario e cioè che anche il semplice silenzio può integrare gli estremi del dolo-vizio: Cass. 12 gennaio 1991, n. 22557, cit.; Cass. 7 agosto 2002, n. 11896, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 1499 secondo cui: il dolo quale vizio di annullamento del contratto non deve necessariamente consistere nell'inganno posto in essere con una condotta positiva di raggiro e-o mediante la comunicazione di notizie false ma può anche ravvisarsi quando siano state taciute da uno dei contraenti all'altro, in violazione del principio di buona fede, fatti e circostanze decisivi che, se conosciute, l'altra parte non avrebbe prestato il proprio consenso di tal che la volontà contrattuale in concreto espressa dal *deceptus* può considerarsi viziata nel suo meccanismo formativo dall'aver confidato in una realtà che, pur avendo determinato la prestazione del consenso, si sia poi rivelata falsa allorché quella vera sia stata deliberatamente taciuta dal *decipiens*.



giustifica prevalentemente con la ricostruzione penalistica fatta dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia del dolo del reato di truffa.

3. In realtà, questa argomentazione può dirsi superata.

Invero, sulla base della concezione tradizionalista della truffa idonea a distinguerla dalla frode civile – per definire nettamente i rispettivi ambiti di intervento della legge penale e della legge civile - una dottrina e una giurisprudenza risalenti richiedevano ai fini della configurabilità del delitto quel comportamento in più che, giustificando il disvalore sociale della legge penale, escludesse quelle condotte che potessero trovare sufficiente tutela in sede civile. La *mise en scene*, in questo modo, era ben compatibile con la struttura della truffa concepita come reato commissivo a condotta vincolata¹².

Quindi, si parte dall'idea sviluppatasi negli anni '50 che la menzogna necessiti di un *quid pluris* capace di farla sembrare verità e di trarre in inganno il soggetto passivo, per cui dovrebbe essere rafforzata da circostanze esterne¹³, quali, a titolo esemplificativo, le dichiarazioni rese dai terzi sulla solvibilità e correttezza del debitore che afferma di essere in grado di adempiere l'obbligazione¹⁴.

Questa posizione, però, trova un riscontro solo in dottrina e non anche nella giurisprudenza successiva che, già a partire dagli anni '70 e fino ai giorni nostri, si è mostrata nel senso di ritenere sufficiente, ai fini della configurabilità del raggio, anche la mera dichiarazione mendace¹⁵, quale può essere in materia contrattuale la falsa dichiarazione di essere in grado di adempiere l'obbligazione¹⁶.

Limitatamente al mendacio malizioso e astuto si vedano: Cass. 23 giugno 2009, n. 14628, cit.; Cass. 28 gennaio 2009, in *Foro pad.*, 2009, 2, p. 348, Cass. 12 giugno 2008, n. 15706, cit.; Cass. 19 luglio 2007, n. 16031, cit.; Cass. 28 ottobre 1993, n. 10718, cit.; Cass. 18 gennaio 1979, cit. In favore della idoneità della semplice menzogna a indurre in errore, invece, si vedano Cass. 3 aprile 2003, n. 5166, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, f. 4 e Cass. 6 novembre 1982, n. 5858, *ivi*, 1982, f. 10/11.

In dottrina, affermano che il silenzio e il mendacio devono corredarsi di malizia e astuzia, perché da soli non bastano, tra gli altri: A. TRABUCCHI, *op. loc. cit.*; A. FUNAIOLI, voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 746. In senso conforme anche R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, p. 467 che condivide il rigido orientamento giurisprudenziale prevalente.

Sulla rilevanza della menzogna per contrarietà al principio di correttezza dei traffici e del silenzio quale violazione del generico obbligo di informazione di cui all'art. 1337 c.c., invece, tra gli altri: R. SACCO, *op. cit.*, p. 428 ss., spec. p. 434; P. GALLO, *op. cit.*, p. 461 e p. 466.

Sulla rilevanza del silenzio e della menzogna per violazione di obblighi di informazione sia generici che specifici, *infra* nel testo e in nota 31.

¹² In favore della identificazione del raggio con la messa in scena si vedano: Cass. pen. sez. II, 4 maggio 1984, in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 434; Cass. pen. 23 novembre 1983, in *Cass. pen.*, 1986, p. 87.

¹³ Cass. pen. 27 maggio 1955; Cass. pen. 8 novembre 1950. E in dottrina: D. ANGELOTTI, *Delitti contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale* a cura di E. Florian, IV ed., Milano, 1936, p. 422; I. CARACCIOLI, *Reati di mendacio e valutazioni*, Milano, 1962, p. 111; e successivamente F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989, p. 162. Sulla idoneità degli elementi esterni a vincere la resistenza e a rendere definitiva l'affermazione del reo cfr. anche G. SAMMARCO, *La truffa contrattuale*, Milano, 1988, p. 186 s.

¹⁴ Cass. pen., sez. V, 23 gennaio 1984, in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 228.

¹⁵ Cass. pen. 23 gennaio 1978, in *Cass. pen.*, 1979, p. 864; Cass. pen., sez. V, 21 maggio 1979, in *Riv. pen.*, 1980, p. 257; (che specifica che l'errore deve essere determinato dall'attività delittuosa



In realtà quell'elemento ulteriore è richiesto dalla fattispecie di cui all'art. 640 bis¹⁷.

Infatti, la Cassazione¹⁸ specifica che *ai fini dell'art. 640-bis è necessario che al mendacio si accompagni un "quid pluris", cioè un'attività fraudolenta che vada ben oltre la semplice esposizione dei dati falsi, sì da vanificare o comunque rendere meno agevole l'attività di controllo della richiesta da parte delle autorità preposte.*

L'atteggiamento di chiusura della dottrina e della giurisprudenza degli anni '50 rimane isolato pur in tema di silenzio, essendo decisamente prevalente il convincimento che quando l'ordinamento impone ad un soggetto un obbligo di informazione su determinate circostanze, il silenzio diventa reticenza¹⁹ e assume valore di comportamento concludente²⁰.

Nelle pronunce si parla di *silenzio maliziosamente serbato* su alcune circostanze, da parte di chi abbia il dovere giuridico di farle conoscere, che integra il raggirio idoneo a determinare il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti non avrebbe dato, locuzione poi confermata dalle decisioni successive²¹.

dell'agente); Cass. pen., sez. II, 14 gennaio 1982, in *Giust. pen.*, 1983, II, c. 51; Cass. pen., sez. II, 14 maggio 1982, in *Giust. pen.*, 1983, II, c. 508; Cass. pen., sez. II, 21 febbraio 1986, in *Riv. pen.*, 1986, p. 685; Cass. pen. 30 ottobre 1996, n. 9834, in *Giust. pen.* 1997, II, c. 545; Cass. pen. 25 gennaio 2000, n. 2706, in *Foro amm.*, 2001, c.1890; Cass. pen. 8 giugno 2006, n. 23623, in *Cass. pen.*, 2007, 10, p. 3725; Cass. pen. 10 febbraio 2006, n. 10231, in *Guida dir.*, 2006, 30, p. 73. Secondo queste ultime due il silenzio rileva come omesso adempimento dell'obbligo di comunicazione, mentre la menzogna per lo specifico affidamento che la condotta può ingenerare. Da ultimo: Cass. pen. 2 ottobre 2009, n. 42337, in *Guida dir.*, 2010, n. 5, p. 92, che ha ritenuto rilevante la condotta della parte – promettente venditrice – che falsamente garantisce la libertà del bene da vincoli, pesi e oneri e tace l'esistenza di un diritto di usufrutto a favore di terzi.

¹⁶Espressamente Cass. pen., sez. II, 17 marzo, 1993, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2093, pure in assenza di qualunque messa in scena. Conformi: Cass. pen., sez. V, 21 marzo 1985; Cass. pen., sez. II, 27 marzo 1981, in *Giust. pen.*, 1982, II, c. 233.

¹⁷ Cass. pen. 3 giugno 1997, n. 7280; Cass. pen. 18 settembre 1997, n. 375, in *Giust. pen.*, 1998, II, c. 729.

¹⁸ Cass. pen. 18 settembre 1997, n. 375, cit.

¹⁹ Sulla rilevanza civilistica della reticenza, per tutti, cfr. G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972; G. VISINTINI, *La reticenza come causa di annullamento dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 157 ss.

²⁰ Il riferimento è a C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 198. Per G. SAMMARCO, voce *Truffa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1994, cit., p. 3, la soluzione dell'obbligo di impedire l'evento va integrata dalla prospettiva che concepisce il silenzio come comportamento concludente.

²¹ Cass. pen. sez. II, 14 aprile 1978, in *Giust. pen.*, 1979, c. 231; Cass. pen. sez. II, 28 luglio 1985, in *Cass. pen.*, 1987, p. 103; Cass. pen. sez. II, 18 febbraio 1988, *ivi*, 1990, I, p. 65; Cass. pen. sez. II, 19 aprile 1991, *ivi*, 1992, p. 2757; Cass. pen. 18 dicembre 1995, n. 2333, in *Giust. pen.*, 1996, II, c. 731; Cass. pen. 13 novembre 1997, n. 870, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1140; ; Cass. pen. 3 aprile 1998, n. 5579, *ivi*, 1999, p. 1825; Cass. pen. 10 aprile 2000, n. 6791, *ivi*, 2002, p. 610; Cass. pen. 11 ottobre 2005, n. 39905; Cass. pen. 27 febbraio 2009, n. 17262; Cass. pen. 14 ottobre 2009, n. 41717, in *www.dejure.it*.



Il silenzio maliziosamente serbato da una delle parti non può essere considerato comportamento meramente passivo, ma artificiosamente preordinato a perpetrare l'inganno²², laddove esso corrisponde alla violazione di obblighi di comunicazione. La inosservanza dell'obbligo di informazione (sia esso generico o specifico), quindi, è indice della condotta maliziosa diretta a indurre ad un contratto non altrimenti voluto.

L'obbligo giuridico di parlare qualifica il silenzio in termini di condotta attiva e denota anche l'idoneità della condotta, legata alla violazione di un obbligo giuridico di parlare. Ne deriva la superfluità di ogni indagine relativa alla diligenza dell'ingannato²³.

Il silenzio è sempre antidoveroso quando chi tace è consapevole della capacità di esso di determinare il consenso della controparte che non avrebbe contratto se l'informazione fosse correttamente data²⁴.

Il silenzio rileva se l'obbligo di comunicazione proviene da una legge penale, come nel caso dell'art. 316-ter c.p.²⁵, o da una norma extrapenale come quella dell'art. 1759 c.c.²⁶, o dell'art. 1337 c.c.²⁷.

La giurisprudenza, nel tentativo di distinguere le due figure, ricostruisce che il silenzio sarebbe violazione di obbligo giuridico di dire il vero, mentre la menzogna rileverebbe come specifico affidamento che il falso può ingenerare²⁸.

²² Si vedano: Cass. pen. sez. II, 19 aprile 1991, in *Giust. pen.*, 1992, II, c. 173; Cass. pen. sez. II, 18 febbraio 1988, *ivi*, 1989, II, c. 312; Cass. pen. sez. II, 28 luglio 1985, *ivi*, 1987, c. 103; Cass. pen. sez. II, 14 aprile 1978, *ivi*, 1979, c. 231.

²³ Per tutte, Cass. pen. 3 luglio 2009, n. 34059, in *www.dejure.it*, ove si afferma che l'idoneità dell'artificio e del raggirio non è esclusa dalla mancanza di diligenza della persona offesa.

²⁴ Cass. pen. 19 febbraio 2009, n. 10461.

²⁵ Cfr. Cass. pen. 20 dicembre 2006, n. 6904, in *Guida dir.*, 2006, 15, p. 75; Cass. pen. 10 febbraio 2006, n. 10231, cit., secondo cui: anche le condotte omissive o a contenuto di mera documentazione - ad esempio, utilizzo o presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, e omissioni di informazioni dovute - prese in considerazione dall'art. 316-ter c.p., in determinate circostanze, possono concorrere ad integrare gli artifici e/o i raggiri previsti dalla fattispecie della truffa, ove di questa figura siano integrati gli altri presupposti. Pertanto, anche il mendacio e il silenzio assumono le connotazioni "artificiose" o di "raggiri" in riferimento a specifici obblighi giuridici di verità, la cui violazione sia penalmente sanzionata, perché essi qualificano l'omessa dichiarazione o la dichiarazione contraria al vero come artificiosa rappresentazione di circostanze di fatto o manipolazione dell'altrui sfera psichica.

²⁶ Cass. pen. sez. II, 23 giugno 1989, in *Cass. pen.*, 1991, I, p.1790; Cass. pen. 13 novembre 1997, n. 870, cit.; Cass. pen. 10 aprile 2000, n. 6791, cit.

²⁷ Così: Cass. pen. sez. II, 19 aprile 1991, cit.; Cass. pen. 13 novembre 1997, n. 870, cit.; Cass. pen. 5 febbraio 2009, n. 19904, in *www.dejure.it*; Cass. pen. 19 febbraio 2009, n. 10461, *ivi*; Cass. pen. 9 marzo 2009, n. 10461, *ivi*; Cass. pen. 5 giugno 2009, n. 26100, *ivi*, dalle quali si emerge che *norma di comportamento cardine cui devono attenersi le parti nel corso delle trattative è quello della buona fede, che impone, in ossequio al principio di correttezza, che vengano esplicitati tutti gli elementi essenziali e rilevanti attinenti sia al contratto in sé, sia alle caratteristiche della cosa oggetto del rapporto giuridico. La violazione di quelle regole non può che comportare conseguenze che possono avere anche rilevanza sul piano penale.*

²⁸ Cass. pen. 10 febbraio 2006, n. 10231, cit.; Cass. pen. 08 giugno 2006, n. 23623, cit.



A dire il vero, a nostro avviso sarebbero entrambi violazione dell'obbligo di informazione, perché la menzogna, attuandosi attraverso la distorsione di notizie vere e quindi l'affermazione del falso, si pone in contrasto con l'obbligo di comunicazione.

In presenza di obblighi giuridici di informazione, il semplice tacere informazioni che si ha l'obbligo di rendere o la semplice distorsione di fatti e circostanze da comunicare dimostrano l'idoneità del mezzo fraudolento ad indurre in errore: la reticenza e la menzogna consapevoli sono indubbiamente finalizzate al conseguimento dell'ingiusto profitto con altrui danno.

L'orientamento giurisprudenziale della Cassazione penale a proposito della reticenza è piuttosto univoco rispetto a quello della Cassazione civile che in tema di responsabilità precontrattuale sta cercando di superare l'idea che la fattispecie è preclusa dalla conclusione del contratto²⁹ e di aprirsi anche al riconoscimento di un generico obbligo di informazione³⁰.

4. L'interpretazione, da parte dei giudici di legittimità, del canone di buona fede precontrattuale, dunque, si sta finalmente orientando verso una piena affermazione del generico obbligo di informazione, più consona alla clausola generale dell'art. 1337

²⁹ Cass. 11 agosto 1989, n. 3922; Cass. 16 aprile 1994, n. 3621, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 880; Cass. 25 luglio 2006, n. 16937; Cass. 5 febbraio 2007, n. 2479, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 2.

³⁰ Si vedano: Cass., Sez. Un., 17 novembre 1978, n. 5328, in *Giust. civ.*, 1979, I, 32; Cass. 29 novembre 1985, n. 5920, secondo cui l'obbligo di comportarsi secondo fede, che deve presiedere il comportamento delle parti nel corso delle trattative (art. 1337 c.c.), si sostanzia soprattutto nel dovere di cooperazione e di informazione, al convergente fine della stipulazione del contratto, che va individuato ed apprezzato in relazione alla concreta fattispecie; Cass. 19 novembre 1994, n. 9802, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, f. 11 e Cass. 29 maggio 1998, n. 5297, *ivi*, 1998, p. 1159, relative all'obbligo di informazione circa la reale possibilità di concludere il contratto; Cass. 16 novembre 2000, n. 14865, in *Corriere giur.*, 2001, p. 762 (relativa all'obbligo ex art. 1337 dell'imprenditore di specificare le caratteristiche del bene compravenduto); Cass. 7 agosto 2002, n. 11896, che riconduce l'obbligo di informazione al principio di buona fede precontrattuale; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795, ad avviso della quale la regola posta dall'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto. In applicazione del riportato principio, la S.C. ha confermato la sentenza dei giudici di merito per i quali costituiva violazione del canone di buona fede di cui agli art. 1337 e 1338 c.c. il comportamento di una società di leasing che aveva omesso di informare la controparte circa la già avvenuta sospensione delle agevolazioni fiscali di cui alla l. n. 341 del 1995 e, anzi, aveva fornito assicurazioni circa la possibilità di far ricorso alle dette agevolazioni, per le quali la controparte medesima si era indotta alla stipula del contratto di locazione finanziaria.



c.c., che per anni ha avuto un'applicazione mortificante e limitativa. Questa apertura ermeneutica è sempre più confortata e sostenuta anche dalla dottrina³¹.

Come è stato giustamente sottolineato³², la rigidità dei requisiti del dolo-vizio, adottata dalla giurisprudenza, tende inoltre ad evitare che un qualunque pentimento della contrattazione possa sfociare in domanda di annullamento del contratto. Il problema della reticenza e del mendacio è legato essenzialmente all'individuazione del confine tra obbligo di informazione e onere di autoinformazione, nel senso che si tratta di stabilire se l'obbligo di informazione gravante sul contraente finisce là dove sorge l'onere di diligenza del *deceptus* di sollecitare, richiedere l'informazione o procurarla addirittura altrove.

La previsione normativa del diritto ad un'adeguata informazione del consumatore di cui all'art. 2, comma 2, *lett. c)*, cod. cons., attuato mediante la statuizione di ben precisi obblighi di informazione nelle varie sedi del codice del consumo, rafforza il dolo omissivo e attenua la rigidità dell'onere di autoinformazione³³. Il contegno del *deceptus* deve essere valutato meno severamente³⁴ se egli ha il diritto di ricevere quelle informazioni da una persona determinata, nell'ottica della riduzione della disparità di potere contrattuale. L'indagine, in tal caso, non va fatta sullo sforzo richiesto al *deceptus* di sollecitare l'informazione o attingere altrove le notizie, ma sull'idoneità dell'inganno a sorprendere un consumatore medio, cioè un consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento³⁵. Il richiamo al consumatore medio sposta l'attenzione dalla sollecitazione dell'informazione al contenuto di essa, nel senso che – premesso che quelle notizie devono comunque provenire dal professionista – ci si attende dal consumatore una capacità di discernimento limitatamente alle informazioni palesemente e apertamente inverosimili.

Nel codice del consumo troviamo sanzionate le false dichiarazioni e le omissioni, quali violazione degli obblighi di informazione. Se vogliamo qui la consapevolezza del professionista di ingannare, o quantomeno approfittare del consumatore, è accentuata dall'obbligo di diligenza professionale dell'operatore

³¹ G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., *passim*; R. SACCO, *op. loc. cit.*; P. GALLO, *op. loc. cit.*; F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 328.

³² F. GALGANO, *op. cit.*, p. 329 ss.

³³ Sul punto cfr. anche R. CALVO, *Le pratiche sleali «ingannevoli»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, cit., p. 199, secondo cui l'art. 7 della direttiva 2005/29/Ce dà espressa rilevanza al dolo omissivo.

³⁴ Anche per C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, p. 779 s., la fattispecie dell'art. 23, relativa alle pratiche in ogni caso ingannevoli, dovrebbe alleggerire il consumatore dall'onere di provare la sua diligenza in caso di annullamento per dolo. E genericamente per R. CALVO, *op. loc. cit.*, è auspicabile, limitatamente allo sforzo di diligenza richiesto al consumatore, un canone di giudizio permeabile al tipo di contrattazione di massa.

³⁵ Nell'interpretazione della Corte di Giustizia per tutte Corte giust. CE 12 febbraio 2004, c-218/01, in *Foro it.* 2004, IV, p. 130.



economico, esperto conoscitore delle regole contrattuali e di mercato, che non può invocare l'ignoranza della legge che gli impone, proprio in ragione della sua attività e della sua posizione, specifiche regole di condotta. Tra l'altro, la previsione di un generico obbligo di informazione avrebbe aperto la via a più facili scappatoie volte a dimostrare l'inidoneità dell'informazione ad ingannare; diversamente si tratta di indicazioni espresse che il professionista deve rendere al consumatore, al fine di ridurre la disegualianza contrattuale. Considerato che il consumatore è in una posizione di debolezza, deve ricevere dal professionista tutte quelle informazioni che non può procurarsi in altro modo e che, consentendogli una esatta rappresentazione dell'operazione economica, lo inducono ad una decisione contrattuale consapevole e volontaria. Inoltre, la *ratio* dell'imposizione di obblighi di informazione al contraente forte è confermata anche dalle particolari modalità di contrattazione, caratterizzate dall'effetto sorpresa: essendo sovente l'iniziativa della contrattazione assunta proprio dal professionista, è inconcepibile attendersi dal consumatore impreparato una sollecitazione a ricevere le informazioni necessarie.

E che il professionista sia l'unica fonte cui attingere l'informazione è confermato dal fatto che nel caso di recesso, trattandosi di notizia non determinante del consenso che può essere attinta dal consumatore in altro modo, la sanzione per la omessa informazione è più blanda.

Quindi, mentre la Cassazione penale unifica i due concetti di dolo omissivo e di reticenza, aprendosi a interpretazioni più adatte alla realtà della contrattazione, la Cassazione civile, invece, continua a mantenere posizioni discordanti laddove in tema di dolo omissivo mantiene un atteggiamento di chiusura - non più motivabile tra l'altro con un richiamo all'interpretazione giurisprudenziale penalistica sul dolo truffa - per poi orientarsi, in altre sedi, in favore della previsione di un obbligo generico di informazione precontrattuale. Appare evidente l'incongruenza ovvero la presenza di un contrasto ermeneutico vero e proprio: si ammette l'esistenza di un obbligo di informazione, ma non si assiste al passaggio successivo logico-consequenziale che deve indurre a ritenere che la violazione dell'obbligo di informazione, relativo a notizie determinanti del consenso, integra gli estremi del raggio idoneo ad alterare la volontà contrattuale del *deceptus*.

Nonostante ciò, superato il primo ostacolo di ordine strutturale, che consente al consumatore la possibilità di ricorrere all'annullamento del contratto per dolo in caso di adozione di pratiche commerciali ingannevoli determinanti del consenso, si palesa, la seconda e ultima ragione di ordine pratico che è connessa al disinteresse effettivo che il consumatore può avere all'azione di annullamento, considerato che questo strumento è finalizzato prevalentemente a legittimare le restituzioni sulla base dell'indebito oggettivo, avendo interesse a rientrare in possesso del bene colui che è stato spogliato contro il proprio volere. Ma nell'ambito consumeristico è improbabile che sia il consumatore a disporre di beni, essendo indotto ad acquistare beni o servizi di consumo che si rivelino per lui privi di qualunque utilità. L'annullamento potrebbe eventualmente riguardare i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi per un periodo prolungato, laddove la parte ingannata ha interesse a togliere di mezzo il contratto e ad ottenere il risarcimento *ex art. 1337 c.c.*



L'annullamento potrebbe, allora, cedere il passo all'azione generale di responsabilità di cui all'art. 2043 c.c.³⁶, ogniqualvolta sia in discussione l'interesse del consumatore ad ottenere la restituzione delle somme corrisposte.

L'ingiustizia del danno, in tale ipotesi, si identifica con la lesione del diritto del consumatore ad un'adeguata informazione (art. 2, comma 2, lett. c) e alla correttezza nei rapporti contrattuali (art. 2, comma 2, lett. e). Non v'è dubbio che la responsabilità sussista ogniqualvolta venga violato un obbligo specifico o anche generico posto a carico del professionista dal codice di consumo³⁷, la cui violazione pregiudica il suo diritto di assumere decisioni commerciali consapevoli e volontarie.

Il danno patrimoniale risarcibile corrisponderà alla perdita effettivamente subita dal consumatore, consistente nel corrispettivo e in tutte le spese accessorie sostenute per la contrattazione. E addirittura potrà lamentarsi anche una sorta di danno non patrimoniale se si realizza la lesione del diritto alla salute attraverso la pratica commerciale scorretta indicata nell'art. 21, comma 3. Per ogni altra pretesa risarcitoria di danno non patrimoniale, stante l'intervento chiarificatore del 2008 delle Sezioni unite della Cassazione³⁸, ove si lamenti anche un pregiudizio morale, l'unica strada esperibile sarà quella della tutela penale del contratto affidata alla repressione del reato di truffa contrattuale.

L'*excurcus* dell'atteggiamento giurisprudenziale a proposito della configurabilità della truffa contrattuale anche in caso di semplice silenzio o menzogna, suggerisce la possibilità di ricorrere ad una forma di tutela individuale ulteriore, derivante dall'art. 640 c.p.³⁹.

Infatti, la violazione degli obblighi di informazione sia generici che specifici è in grado di integrare gli estremi del raggirone idoneo ad indurre in errore, cioè alla conclusione di un

³⁶ Sulla risarcibilità *ex art.* 2043 in caso di pratiche commerciali scorrette si veda ampiamente C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, 77ss., la quale, tra l'altro afferma che la illiceità della condotta del professionista può concretarsi più genericamente nella lesione del diritto al corretto funzionamento del mercato e nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale. Nell'ambito della responsabilità civile il consumatore dovrà quindi provare i fatti costitutivi dell'illecito, perché la regola secondo cui è il professionista a provare che non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica da lui realizzata, *ex art.* 27, comma 5, cod. cons., opera solo nel procedimento innanzi all'AGCM (spec. p. 781).

Quindi, il consumatore che agisca per il risarcimento del danno per effetto di pubblicità ingannevole, è tenuto a dimostrare non solo l'ingannevolezza del messaggio, ma l'esistenza del danno, il nesso di causalità tra pubblicità e danno e la colpa di chi ha diffuso il messaggio, la quale si concreta nella prevedibilità che dalla sua diffusione sarebbero derivate le conseguenze pregiudizievoli. Così Cass. Sez. Un., 15 gennaio 2009, n. 794, cit.

³⁷ Genericamente, nel senso della configurabilità della responsabilità civile per false informazioni ogniqualvolta ci sia un obbligo alla corretta informazione M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto*, in *I contratti in generale*, Tomo, II, a cura di E. Gabrielli, cit., p. 1618.

³⁸ La Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. Civ.*, n. 5/2009, p. 4 ss., ha posto un freno alla risarcibilità del danno esistenziale effimero, non in grado di influire concretamente sulla personale organizzazione di vita del danneggiato.

³⁹ Cfr. anche A. CIATTI, *op. cit.*, p. 274, secondo cui, in molti casi, le condotte scorrette del professionista possono integrare gli estremi della truffa, dell'estorsione o della violenza privata.



contratto non voluto, da cui deriva un ingiusto profitto per il *deceptor* e un danno per il *deceptus*⁴⁰.

In sostanza, nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, quando vengono violati gli obblighi di informazione specifici contenuti negli artt. 21, comma 1, lett. *a, b, d, f*; 21, comma 3; 22, comma 4, lett. *a, b, c, 22-bis*; 23, comma 1, lett. *d, g, i, n, r, s, t, u, v*; e l'obbligo generico consacrato nell'art. 22, comma 1, il consumatore ha un ampio margine di scelta tra le forme di tutela individuale secondo la legge generale. Realizzandosi la violazione degli obblighi di informazione nella fase precedente la conclusione del contratto, in primo luogo si offre al danneggiato la possibilità di annullare il contratto per dolo oltre che la scelta tra l'azione risarcitoria *ex art. 1337 c.c.* oppure *ex art. 2043 c.c.* - azione quest'ultima che può essere esercitata anche in via autonoma - fermo il ricorso all'azione penale⁴¹, *ex art. 640 c.p.*⁴², se il consumatore lamenta la lesione di un danno anche non patrimoniale, legato al turbamento psichico per essere stato vittima di un inganno perpetrato a mezzo di reato.

5. E alle medesime forme di tutela potrà aspirare il consumatore tutte le volte che si è al di fuori delle pratiche commerciali, ma sussistono comunque degli obblighi di informazione a carico del professionista.

Non appena si entra nel vivo delle particolari modalità di contrattazione, vi è il riconoscimento di chiari obblighi di informazione che mutano in ragione della operazione economica, ma che hanno comunque un minimo comune denominatore che attiene alle notizie determinanti.

E la violazione di questi obblighi può avvenire per omissione o per falsa informazione o informazione errata.

Quindi, anche l'inosservanza degli obblighi di informazione specifici degli artt. 52, lett. *a, b, c*; 67-*quinquies*, comma 1, lett. *a*; 67-*sexies*, comma 1, lett. *a, b, c, d, f, g, h*; 87, comma 4, cod. cons., riguardando quelle notizie determinanti del consenso, è sanzionabile nei modi predetti⁴³. La conferma scritta delle informazioni sancita dagli artt. 53 e 67-*undecies* addirittura rende più agevole la prova della violazione e di fatto

⁴⁰ Circa gli elementi costitutivi della truffa contrattuale sia consentito rinviare a C. DALIA, *Le aggressioni contrattuali al patrimonio. Rettenza e lesione della libertà contrattuale*, Napoli, 2004.

⁴¹ L'azione penale non è in grado di togliere da mezzo il contratto perché il giudice, in quella sede non può pronunciarsi sulla costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici, come appunto l'annullamento. Così Cass. pen. 31 maggio 1990.

⁴² Cfr. Cass. pen. sez. II, 19 febbraio 2009, n. 12771 che ha ravvisato il reato di truffa contrattuale nel comportamento di chi, ponendo in essere una spregiudicata campagna pubblicitaria riguardante la facilità dei guadagni promessa a coloro che avessero stipulato accordi di franchising per la gestione di macchinette distributrici di acqua, ha di fatto esercitato pressioni sul *deceptus* per convincerlo ad aderire al contratto.

⁴³ Tra le informazioni rilevanti emerge quella relativa all'identità del fornitore che è elemento determinante del consenso perché un consumatore si determina all'acquisto anche e soprattutto in considerazione della reputazione di un certo operatore: il fatto che il professionista ometta di dare indicazioni precise sulla sua identità vuole sfruttare proprio la confusione con altri marchi. Qui non c'è un errore spontaneo del consumatore, ma un errore indotto dal professionista che vuole sfruttare questa circostanza



solleva il consumatore dall'onere di diligenza, posto che in tal modo il legislatore ha voluto ampiamente ribadire che è compito del professionista erudire la controparte circa gli aspetti essenziali della contrattazione⁴⁴.

⁴⁴ Appare evidente che in tutti i casi in cui la menzogna e/o il silenzio hanno spinto alla conclusione di un contratto a condizioni diverse, l'unica forma di tutela è quella che risulta dal disposto congiunto degli artt. 1440 e 1337 c.c.