

# **INCONTRO DI STUDIO SUL TEMA: “INVALIDITA’ CONTRATTUALI E DIRITTO EUROPEO”**

**-ROMA Ergife Palace Hotel-**

**5 Ottobre 2009**

## **VIZI INCOMPLETI E SORPRESA CONTRATTUALE**

Stefania Tassone  
Giudice Tribunale Torino

### **INDICE**

- I. Premessa.**
- II. Le nozioni di “vizi incompleti” e di “sorpresa contrattuale” in riferimento al codice civile ed al cd. diritto europeo dei contratti; brevi cenni sullo sviluppo del diritto europeo dei contratti.**
- III. Vizi incompleti e vizi completi, ovvero i vizi incompleti tra responsabilità precontrattuale ed annullabilità per vizi del consenso; l’errore, il dolo e la violenza nella interpretazione dottrinarica e giurisprudenziale; errore incidente e violenza incidente.**
- IV. La valorizzazione dei vizi incompleti sul piano dei rimedi: vizi incompleti, buona fede e giustizia contrattuale; vizi incompleti e responsabilità risarcitoria; vizi incompleti tra regole di responsabilità e regole di validità.**

## **I. Premessa.**

La presente relazione, svolta senza ambizioni didascaliche e senza pretese di completezza o di organicità, si propone come possibile “traccia” scritta per il dibattito del gruppo pomeridiano dedicato all’argomento “Vizi incompleti e sorpresa contrattuale” nell’ambito del corso 5-7 ottobre 2009 organizzato dal CSM e più ampiamente intitolato alle “Invalidità contrattuali e diritto europeo”.

## **II. Le nozioni di “vizi incompleti” e di “sorpresa contrattuale” in riferimento al codice civile ed al cd. diritto europeo dei contratti; brevi cenni sullo sviluppo del diritto europeo dei contratti.**

Le nozioni di “vizi incompleti” e di “sorpresa contrattuale”, non sempre presenti (soprattutto la prima) nel linguaggio della nostra giurisprudenza interna, meritano una analisi preliminare, tale tuttavia da introdurre le problematiche (qualificatorie prima ed operative poi) sottese all’uso delle medesime.

### *I vizi incompleti*

La nozione di “vizi incompleti” rimanda subito all’area dei vizi del consenso o vizi della volontà (errore, violenza, dolo), che il codice civile considera in modo unitario, raggruppandoli e disciplinandoli sotto la sezione II del capo XII del titolo II del IV libro, ed indicandoli nell’ambito della medesima norma, e cioè l’art. 1427 c.c., come cause di annullabilità del contratto (Così GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, II, 288 e ss.; si riporta quivi, per comodità di consultazione, l’art. 1427 c.c.: **Art. 1427: Errore, violenza e dolo:** *Il contraente, il cui consenso fu dato per errore [1428, 1429, 1431], estorto con violenza [1434 ss.] o carpito con dolo [1439], può chiedere l’annullamento del contratto [1441 ss.] secondo le disposizioni seguenti [122, 624]”).*

L’espressione “vizi del consenso” (Dovendosi intendere per “consenso” la “volontà contrattuale della parte, diretta all’accordo con l’altra parte”: v. GALGANO, *op. cit.*, 288) o “vizi della volontà” sta ad indicare che la parte ha voluto il contratto, ma il processo formativo della sua volontà è stato alterato (appunto dall’errore, dalla violenza o dal dolo), per cui il

consenso e la volontà contrattuali, pur esistenti, sono viziati (V. GALGANO, *op. cit.*, 288, ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2001, 779).

Ebbene, in questo contesto, acuta dottrina (MANTOVANI, *Vizi incompleti ed autonomia contrattuale*, Torino, 1995) ha appunto enucleato la categoria dei “vizi incompleti”, individuando cioè quei vizi o quelle alterazioni della volontà contrattuale che, pur difettando di qualche requisito previsto dal codice civile agli artt. 1427 c.c. (v. analogamente GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 666) e dunque pur non risultando tali da comportare l’annullabilità o l’annullamento del contratto stipulato, hanno fatto sì che la parte medesima addivenisse a stipulare il contratto a condizioni diverse e per lei più svantaggiose e che per questo aspiri a richiedere ed ottenere tutela giurisdizionale.

Esempio codificato di “vizio incompleto”, da cui prendere le mosse per una più approfondita analisi, è il dolo incidente, espressamente previsto all’art. 1440 c.c. (**Art. 1440 - Dolo incidente.** *Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse [640 c.p.]; ma il contraente in mala fede risponde dei danni [1337]*), e cioè il raggirio, l’inganno che, diversamente dal cd. dolo determinante o *causam dans* ex art. 1439 c.c., non determina la stipulazione del negozio, ma si limita ad influire sul suo contenuto (nel senso che la parte avrebbe sì concluso il contratto, ma, in assenza di dolo incidente, lo avrebbe stipulato a condizioni diverse e più vantaggiose).

A livello più ampio e sistematico, viene anche sottolineata la rilevanza dell’art. 1338 c.c., secondo cui laddove una parte, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne abbia dato notizia all’altra parte, è tenuta a rispondere dei danni che quest’ultima abbia risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto (Sul punto v. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1991, 313-314, il quale, affrontando il tema della buona fede nelle trattative, dopo aver rilevato: “*Vi sono ipotesi macroscopiche di illecito precontrattuale: l’inganno e la minaccia. Abbiamo già visto che l’uno e l’altra producono l’annullabilità del contratto, se sono stati determinanti del consenso. Peraltro ciò non è sufficiente ad eliminare ogni danno, poiché il contraente ingannato o minacciato può avere affrontato spese per le trattative e per la conclusione del contratto e può anche essersi lasciato sfuggire altre occasioni; questi danni vanno perciò risarciti. Accanto a queste sono possibili tante altre forme di comportamento*”).

*sleale, scorretto o comunque illecito in sede di trattative: e si può trattare di fatti non solo dolosi, ma anche colposi ...*”, aggiunge specificamente a proposito della regola codificata dall’art. 1338 c.c. che “*Il principio è applicabile analogamente in ogni caso in cui una parte, con dolo o anche solo per negligenza, omette di segnalare all’altra parte circostanze tali da influire in modo importante sull’efficacia del contratto o sulla realizzazione dello scopo che quest’ultima si propone di realizzare*”; v. Cass., 29.11.1985, n. 5920, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, secondo cui “*L’obbligo di comportarsi secondo buona 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, con la conseguenza che, nel caso di recesso di una delle parti dalle trattative, al fine della configurabilità di una sua responsabilità, è necessario valutare la posizione ed il comportamento di entrambe le parti onde determinare se il recesso si configuri come illecito abuso del recedente per averlo esercitato a causa di condizioni ostative alla stipula del contratto, già a lui note o dallo stesso conoscibili con la ordinaria diligenza, ovvero sia stato o meno determinato da comportamento della controparte derivandone, in siffatta evenienza, l’insussistenza della responsabilità precontrattuale del recedente*”).

Tentando allora di assumere alcune (primissime) conclusioni, è dunque possibile ritenere:

- a) che rispetto alla tradizionale e tipica (Sulla tipicità delle cause di annullabilità del contratto, v. GALLO, *Responsabilità precontrattuale. La fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, in particolare 320; D’AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, in particolare 42 e nota 13) categoria dei vizi del consenso di cui al codice civile è emersa, anzitutto a livello dottrinario, l’individuazione di altri vizi o alterazioni della volontà contrattuale rispetto ai quali si pone il problema di eventuali rimedi da adottare sul piano della tutela giurisdizionale;
- b) che a fondamento di questa più ampia esigenza di tutela si pone la valorizzazione dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative volte alla formazione del contratto, come ampiamente stabilito dall’art. 1337 c.c. e come più analiticamente previsto, sotto lo specifico profilo della responsabilità precontrattuale per violazione dell’obbligo di informazione (dell’esistenza di cause di invalidità del contratto), dall’art. 1338 c.c.

### La sorpresa contrattuale ed il diritto europeo dei contratti.

Ben precedentemente rispetto alla formalizzazione della riflessione dottrina sui “vizi incompleti” (la monografia di MANTOVANI è del 1995), si sviluppa, a livello comunitario, un processo che è stato denominato di “adeguamento” e di “ammodernamento” del diritto contrattuale (V. D’AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., 37 ss. ed in particolare 39), che ha trovato il suo nucleo centrale nelle politiche di protezione del consumatore e, dunque, anzitutto nella disciplina dei contratti dei consumatori (V. FRATTINI, *Un “codice europeo dei contratti”: un’altra tappa verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell’Unione Europea ?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 403 ss., il quale evidenzia come il diritto europeo dei contratti si sia sviluppato in riferimento alla protezione dei consumatori, e dunque “in un ambito molto definito e ristretto”, mediante una azione legislativa “priva di coerenza interna, di un filo conduttore che possa farla ritenere una possibile fonte di armonizzazione del diritto contrattuale europeo”; v. ALPA, *I progressi del diritto contrattuale europeo*, in [www.consiglionazionaleforense.it](http://www.consiglionazionaleforense.it), secondo cui il punto di partenza nella ricostruzione dell’*acquis* comunitario –concetto per il quale v. infra nel testo- in materia di contratti è costituito dall’azione comunitaria a favore del consumatore, nei rapporti che questi istituisce con il professionista; un nucleo più ampio è tuttavia costituito dalla disciplina di singoli rapporti contrattuali, quali i contratti informatici, la subfornitura, i contratti di assicurazione e di intermediazione assicurativa, i contratti bancari e di intermediazione finanziaria, i contratti di distribuzione. V. inoltre la risoluzione del Consiglio 14.4.1975 riguardante un programma preliminare della Ce per una politica di protezione e di informazione del consumatore; la risoluzione del 19.6.1981 riguardante un secondo programma della Ce per una politica di protezione e di informazione del consumatore; la risoluzione 23.6.1986 concernente il futuro orientamento della politica della Ce per la tutela e la promozione degli interessi del consumatore, analizzate da MATTIA, *Studio 2-2006/A, Il diritto di recesso del consumatore in due recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it)).

Ebbene, è possibile rilevare, in sintesi e senza pretese di esaustività, che l’azione di “comunitarizzazione” del diritto dei contratti (Così IORIATTI FERRARI, *Diritto europeo dei contratti e professioni legali*, in *Studium juris*, 2007, 261 ss., la quale, rifacendosi a BASEDOW, *A Common Contract Law for the Common Market*, in *Common mark. Law review*, 1996, 1169, sottolinea come il fondamento, prettamente economico, di tale “comunitarizzazione” sia l’esigenza di eliminare, quale possibile ostacolo agli scambi all’interno del mercato europeo o cd. *non tariff barrier*, la differenza normativa tra gli Stati membri nell’area del contratto) si sia sviluppata attraverso:

- le due risoluzioni 26.5.1989 e 2.5.1994 del Parlamento europeo, con cui si invitavano Consiglio, Commissione e Stati membri ad iniziare i lavori di elaborazione di un codice comune europeo di diritto privato;
- la prima comunicazione della Commissione sul diritto europeo dei contratti dell'11.7.2001 (*Communication from the Commission to the Council and the European Parliament concerning European contract law* (Consultabile in *Contr. impr. Europa*, 2002, parte Materiali));
- la seconda comunicazione della Commissione dell'11.2.2003, con cui viene lanciato un Piano di Azione (*Action Plan*), con cui viene richiesto a tutti i soggetti istituzionali interessati, mediante consultazione, di esprimersi riguardo alle possibili iniziative da adottare per realizzare una coerente disciplina europea dei contratti (V. sul punto anche ALPA, *I progressi, cit.*; sia il Parlamento europeo con risoluzione 2.9.2003 sia il Consiglio con risoluzione 22.9.2003 hanno manifestato il loro supporto all'*Action Plan*); in questo contesto la Commissione sottolinea la necessità di migliorare l'*acquis* comunitario (Con tale concetto si intende la piattaforma comune di diritti e di obblighi che vincolano l'insieme degli Stati membri nel contesto dell'Unione europea, in costante evoluzione e costituito:
  - dai principi, dagli obiettivi politici e dal dispositivo dei trattati;
  - dalla legislazione adottata in applicazione dei trattati e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia;
  - dalle dichiarazioni e dalle risoluzioni adottate nell'ambito dell'Unione;
  - dagli atti che rientrano nella politica estera e di sicurezza comune;
  - dagli atti che rientrano nel contesto della giustizia e degli affari interni;
 dagli accordi internazionali conclusi dalla Comunità e da quelli conclusi dagli Stati membri tra essi nei settori di competenza dell'Unione.

L'Unione si è posta come obiettivo di salvaguardare integralmente l'*acquis* comunitario e di svilupparlo ulteriormente. I paesi candidati devono accettare l'*acquis* per poter aderire all'Unione europea. Le deroghe all'*acquis* comunitario sono eccezionali e di portata limitata. Per integrarsi nell'Unione, i paesi candidati devono recepire l'*acquis* nei rispettivi ordinamenti nazionali, e quindi applicarlo con decorrenza dalla data in cui la loro adesione è diventata effettiva. Va ricordato che nell'anno 2002 è stato fondato l'Acquis-Group, che si occupa della sistemazione del diritto europeo esistente ed all'uopo tale lavoro di sistemazione è contenuto nei *Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, *Contract I*, Monaco, 2007 (per ulteriori dati è consultabile il sito [www.acquis-group.org](http://www.acquis-group.org)) mediante la creazione di un Piano Comune di Riferimento (*Common Frame of Reference - CFR*), cioè uno strumento non vincolante con cui verranno fornite soluzioni terminologiche e norme modello

con lo scopo di favorire la creazione di una disciplina uniforme europea sul contratto (su questi aspetti v. IORIATTI FERRARI, *cit.*; ALPA, *I progressi, cit.*);

- la terza comunicazione della Commissione dell'ottobre 2004 avente ad oggetto “*European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward*”.

Degna di nota in questo contesto è inoltre la posizione assunta dal Parlamento europeo con la risoluzione 23.3.2006, con cui si sottolinea che i progetti di revisione dell'*acquis* e di redazione del CFR fanno ritenere che, a lungo termine, si possa addivenire ad una codificazione europea, anche se la Commissione ha ridimensionato tali prospettive, tra l'altro evidenziando la mancanza di una adeguata base normativa su cui fondare la competenza dell'Unione ad agire nel senso della codificazione europea (Così si è espressa la Commissione in occasione del *Workshop of the network of Member States Experts on European Contract Law* del 3.5.2005; sul punto v. IORIATTI FERRARI, *cit.*);

- il Libro Verde approvato l'8.2.2007 dalla Commissione ed intitolato “*Libro Verde sulla revisione dell'acquis relativo ai consumatori*”, soprattutto a scopo di adattamento della tutela dei consumatori alla rapida evoluzione della realtà digitale.

Parallelamente alle istituzioni comunitarie anche il mondo accademico si è mosso nel senso della codificazione del diritto privato europeo; in questo senso non possono non essere menzionati i Principi di Diritto Contrattuale Europeo (PECL) formulati dalla Commissione Europea dei Contratti, anche più comunemente conosciuta come Commissione Lando, organismo privo di *status* ufficiale e formatosi per iniziativa, per così dire, privata con componenti costituiti da accademici provenienti da tutti gli Stati Membri dell'Unione Europea (V. LANDO e BEALE (curr.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*; LANDO, CLIVE, PRUM, ZIMMERMANN (curr.), *Principles of European Contract Law, Part III*, 2003; ZIMMERMANN, *Lo jus commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, in *Contr. impr. Europa*, 2009, 101 e ss.).

A livello internazionale i PECL si trovano a competere con i Principi dei Contratti Commerciali Internazionali dell'Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law, che, come si legge nel sito [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), “*is an independent intergovernmental Organisation with its seat in the Villa Aldobrandini in Rome. Its purpose is to study needs and methods for modernising, harmonising and co-ordinating private and in particular commercial law as between States and groups of*

*States*”), ma con due differenze principali: a) l’Unidroit mira ad un’armonizzazione del diritto contrattuale di tipo globale, che dunque trascende l’ambito europeo; b) l’Unidroit concerne in modo specifico i contratti commerciali internazionali, mentre i PECL si pongono come principi di diritto generale dei contratti (Così ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, 107).

Un cenno merita infine l’Accademia dei Giusprivatisti Europei di Pavia, guidata dal prof. Giuseppe Gandolfi, che ha elaborato e sta elaborando un Codice europeo dei contratti (per ulteriori indicazioni, v. GANDOLFI, *Per l’unificazione del diritto in Europa: il codice europeo dei contratti*, in [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org) ).

Tutto quanto sopra premesso, per quanto interessa nella presente sede va sottolineato che il cd. diritto europeo dei contratti si presenta come particolarmente sensibile al tema dei rimedi in caso di asimmetrie e squilibri tra le parti contraenti ed alla tutela del contraente debole, a cominciare da settori specifici quali quello dei contratti dei consumatori, dei contratti a distanza, dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali.

Le varie discipline, particolarmente attente a regolare la fase di formazione del contratto o precontrattuale (Posto che *ratio* delle medesime è quella di consentire la formazione di un consumatore “informato” e dunque in grado di fare scelte di mercato consapevoli, prevenendo ogni sorta di rischio determinato dalla erronea o decettiva informazione acquisita sul mercato: v. ALPA, *I progressi, cit.*), sono -come è noto- contenute in direttive comunitarie, che sono state variamente recepite, per quanto qui interessa, nel nostro ordinamento interno e trovano attualmente collocazione nel recente Codice del Consumo (d.lgs. 206/2005); il riferimento, in ordine cronologico è alla:

- direttiva sulla pubblicità ingannevole (84/450/Cee);
- direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali (n. 85/577/Cee, recepita dal d.lgs. 15.1.1992, n. 50, che all’art. 9 equipara ai contratti conclusi fuori dai locali commerciali (cd. vendite porta a porta) i contratti conclusi in via telematica, richiedendo quindi anche per questi informazioni preventive sul diritto di recesso (artt. 4-5); il decreto è stato abrogato dall’art. 146 del Codice del Consumo ma posto

che nelle decisioni che si sono occupate di controversie in materia di contratti fuori dai locali commerciali si fa riferimento, *ratione temporis*, alle disposizioni ivi contenute, permane la sua rilevanza a livello dottrinario e sistematico);

- direttiva sul credito al consumo (87/102/Cee);

- direttiva sui viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso (90/314/Cee)

- direttiva sui contratti a distanza (n. 97/7/Cee, recepita dal d.lgs. 22.5.1999, n. 185, sulla disciplina dei contratti a distanza, anch'esso abrogato dall'art. 146 del Codice del Consumo, ma ancora rilevante a livello dottrinario e sistematico)

direttiva sulla pubblicità comparativa (n. 97/55/Cee);

direttiva sul commercio elettronico (n. 2000/31/Cee);

direttiva sulla commercializzazione di servizi finanziari ai consumatori (n. 2002/65/Cee).

Sin dalle prime direttive ivi menzionate, ed il riferimento, in particolare, è a quella relativa ai contratti stipulati fuori dai locali commerciali (intendendosi per tali le cd. vendite porta a porta o sulla pubblica via o nel corso di escursioni turistiche o su catalogo o per corrispondenza), il legislatore comunitario si è preoccupato di ridimensionare e limitare le tecniche di vendita in cui: a) il venditore, assumendo l'iniziativa dell'operazione negoziale, si presenta al consumatore in situazioni e contesti non preordinati all'acquisto (e cioè, per l'appunto, presso la sua abitazione, per strada o durante un viaggio); b) al consumatore viene sottoposto un modulo già predisposto dal professionista, rispetto al quale al consumatore non resta che aderire o rifiutare; c) viene meno, rispetto alle dinamiche di acquisto tradizionali, il consueto intervallo di tempo tra la scelta del bene e l'acquisto vero e proprio (posto che è il commerciante a prendere l'iniziativa ed il consumatore a dover eventualmente rifiutare, con conseguente inversione del tradizionale meccanismo di formazione del consenso); d) manca la possibilità di verificare concretamente le caratteristiche del bene e di confrontarne qualità e prezzo con quelli di altre possibili offerte di mercato.

E' dunque proprio per queste caratteristiche che la già normalmente esistente asimmetria informativa (tant'è che i contratti del consumatore vengono denominati anche "contratti asimmetrici") tra commerciante/professionista e consumatore/acquirente risulta aggravata da un vero e proprio effetto sorpresa o, appunto, da una "sorpresa contrattuale" (in tal senso si esprime espressamente la direttiva 85/577/Ce: "*considerando che la caratteristica dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali del commerciante è che, di regola, il commerciante prende l'iniziativa delle trattative, il consumatore è impreparato di fronte a queste trattative e si trova preso di sorpresa; che il consumatore non ha spesso la possibilità di confrontare la qualità e il prezzo che gli vengono proposti con altre offerte; che questo elemento di sorpresa è generalmente presente non soltanto nel caso di contratti conclusi a domicilio, ma anche in altre forme di contratti conclusi dal commerciante fuori dai propri locali"; i siti internet delle associazioni a tutela dei consumatori individuano, come possibili "trucchi" del professionista-venditore, tali da cogliere di sorpresa il consumatore i seguenti: a) il consumatore viene invitato presso un albergo con la scusa della consegna di un omaggio o di un premio, naturalmente il ritiro del premio è condizionato alla stipula di un contratto; b) il consumatore viene fermato per strada con la scusa del sondaggio d'opinione poi viene invitato a firmare un questionario, che è un vero e proprio contratto abilmente coperto con un altro foglio; c) il consumatore trova nella cassetta postale un depliant colorato che offre una gita in una ridente località, per 8 euro, tutto compreso, durante la quale avviene una dimostrazione promozionale di nuovi elettrodomestici che impegna il consumatore per l'intero pomeriggio).*

L'effetto sorpresa o cd. sorpresa contrattuale è configurabile anche nei contratti a distanza, categoria nell'ambito della quale possono rientrare i contratti stipulati nel settore delle telecomunicazioni, e, in particolare, il cd. contratto telematico (Su tale figura v. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997; ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione dell'offerta in Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 21; REDOLFI, *Diritto comunitario-Reti telematiche e commercio elettronico: la tutela dei consumatori*, in *Dir. ind.*, 1997, 245; DE NOVA, *Un contratto di consumo via Internet*, in *Contr.*, 1999, 113; ALBERTINI, *I contratti di accesso ad Internet*, in *Giust. Civ.*, 1997, II, 114 ss. Cfr. inoltre CENICCOLA, *Il contratto telematico*, in <http://www.altalex.com>, 3, secondo cui "*Riguardo alla fase precontrattuale, occorre partire dal presupposto che il contratto telematico rientra tra i contratti a distanza, con la conseguenza che troverà applicazione, nell'ipotesi di contratti conclusi tra professionisti e consumatori (B2C), il d.lgs. 185/99 ... Oltre a tale normativa relativa ai contratti a distanza, poi, troverà applicazione quella più specifica prevista in materia di commercio elettronico dal d.lgs. n. 70/2003*"; l'Autore non esclude dunque in linea teorica l'esistenza di una fase precontrattuale dei contratti telematici, ma finisce per ricondurla agli obblighi informativi contenuti nel d.lgs. 185/99 e nell'art. 12 del d.lgs. 70/2003. V. inoltre PISCITELLI, *Il contratto*

*telematico*, in [www.dirittoediritti.it](http://www.dirittoediritti.it), per cui il contratto telematico è quello stipulato mediante l'uso di computer o di elaboratore elettronico (si pensi ad es. alle aste *on line*, allo *shopping* in rete di libri, dischi, *softwares* ed altri beni di consumo); PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on line tra continuità ed innovazione*, in *Dir. informatica*, 2004., 809, in riferimento a FRANCESCHELLI, *Il contratto virtuale, Diritto nel cyberspazio*, in *Contratti*, 195, 569, per cui il contratto telematico è “*accordo tra soggetti che utilizzano computers (o altri strumenti informatici) tra loro collegati che sono dunque reciprocamente assenti (contratto inter absentes), poiché la loro interfaccia diretta è costituita proprio dallo strumento informatico utilizzando*”. In riferimento ai contratti conclusi tramite Internet si è poi ormai consolidata la classificazione dei medesimi in contratti B2B (*business to business*), in contratti B2C (*business to consumer*) ed in contratti B2A (*business to administration*), nonché in contratti P2P (*person to person* ovvero *party to party* ovvero ancora *peer to peer*) o C2C (*consumer to consumer*), cioè accordi tra privati (per es. in materia di scambio di *files* musicali): v. CENICCOLA, *Il contratto telematico*, in <http://www.altalex.com> , 3, in riferimento a SCIULLI, *Modelli B2B e B2C*, in [www.Html.it](http://www.Html.it). La dottrina, pur concordando sulla piena ammissibilità di questa figura nell'ambito del nostro ordinamento, anche ai sensi dell'art. 1322 c.c., si mostra poi divisa allorché, secondo alcuni, il contratto telematico si distinguerebbe dal contratto contemplato agli artt. 1321 e ss. del codice civile soltanto per quanto attiene alle modalità, di tipo informatico, con cui si addiende alla conclusione dell'accordo tra le parti, mentre, secondo altri, il contratto telematico costituirebbe una nuova forma di contrattazione, caratterizzata da una particolare tecnica di conclusione non riconducibile alle ordinarie regole del diritto civile (tesi peraltro che pare risultare contrastante con il disposto dell'art. 13 del d.lg.s 70/2003 in materia di commercio elettronico, secondo cui “*Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica*”). Quanto poi alla questione della riconducibilità del contratto telematico a taluna delle categorie contrattuali tipizzate dal nostro codice civile, nell'ambito del presente lavoro è sufficiente segnalare la dottrina che in prevalenza riconduce il contratto di accesso ad Internet alla figura del contratto di somministrazione ex art. 1677 c.c., in combinato disposto con l'art. 1570 c.c.: v. V. BOCCHINI, *Il contratto di accesso a Internet*, in *Dir. Informatica*, 2002, 471 ss. ed in particolare 477 e 485; VISALLI, *Contratto di accesso ad Internet e tutela della privacy*, in *Giust. Civ.*, 2002, II, 131; in giurisprudenza sono rinvenibili pronunce in ordine alla qualificazione di contratti aventi ad oggetto la fornitura di beni informatici: cfr. per es. Trib. Roma, 11.8.2004, in *Riv. Internet*, 2005, 2, 153, con nota di SCORZA, che ha ritenuto applicabile al contratto di fornitura di sistema informatico la disciplina del contratto di appalto o, in alternativa, quella della vendita, conseguentemente ritenendo che l'attore, il quale chiede il risarcimento dei danni per consegna di un bene difforme rispetto a quello richiesto, sia gravato dall'onere di provare la sussistenza dei vizi lamentati e la tempestività della denuncia degli stessi; Trib. Novara, 20.11.2004, *ivi*, 2005, 2, 141, con nota di VITI, secondo cui il contratto per la realizzazione di un *software*, commissionato ad una *software house*, integra a tutti gli effetti un contratto di appalto di servizi e necessita di essere sottoposto alla relativa disciplina).

Nel caso dei contratti a distanza l'effetto sorpresa assume persino maggiore incidenza rispetto all'ipotesi dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali, sia perché, da un lato, tali transazioni avvengono senza la simultanea presenza fisica dei contraenti, per cui è più difficile identificare la controparte e l'oggetto stesso del contratto con le relative qualità e caratteristiche, sia perché tali transazioni avvengono mediante l'impiego di strumenti e tecnologie di rispetto alle quali spesso il consumatore non ha né piena padronanza, né consuetudine e familiarità (V. GRISI, *Lo jus poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Europa d. priv.*, 1999, 598, secondo cui “nella speditezza e nella velocità che caratterizzano la negoziazione per via telematica (nel cd. tempo reale), è immanente il pericolo di scelte e decisioni del consumatore non sufficientemente ponderate e, una volta frettolosamente assunte, non emendabili”).

La legislazione nazionale, recependo le direttive comunitarie, si è preoccupata di evitare al consumatore-utente (di servizi telefonici, di siti Internet ecc.) di vedersi esposto e di trovarsi a subire, dopo la conclusione del contratto, situazioni imprevedibilmente diverse da quelle che, secondo ragionevolezza, poteva attendersi (laddove il professionista è invece al riparo da ogni sorpresa o addirittura è egli stesso l'agente della sorpresa in danno del consumatore: così ROPPO, *Il contratto*, cit., 915, il quale, sulla falsariga del disposto dell'art. 1469 bis ora trasfuso nell'art. 33 Codice Consumo, evidenzia come la sorpresa possa riguardare la formazione o la permanenza del vincolo contrattuale -v. nn. 4, 7 prima parte, 8, 9, 20-; il contenuto del regolamento contrattuale -nn. 10, 11, 12, 13, 14 seconda parte-, l'identità della controparte -n. 17-), configurando, quale misura di prevenzione e strumento di tutela del consumatore-utente nei confronti della sorpresa contrattuale, anzitutto -e per quanto interessa l'oggetto del presente lavoro- molteplici obblighi informativi gravanti sul professionista (altro innovativo strumento di tutela è dato dal cd. diritto di recesso, invero meglio denominato in dottrina come diritto di ripensamento e di scioglimento dal vincolo contrattuale asimmetrico, la cui esistenza e le cui modalità di esercizio devono essere oggetto di specifica informazione da parte del professionista al consumatore, nei termini attualmente e variamente indicati, a seconda delle diverse fattispecie, dal Codice del Consumo agli artt. da 64 a 66, nonché 73 e 92; per approfondimenti v. MARTINELLO, *Il diritto di recesso dei consumatori*, in <http://appinter.csm.it>, ove riferimenti a dottrina e giurisprudenza).

Giova quindi ricordare in materia di contratti conclusi fuori dai locali commerciali l'art. 45 del Codice del Consumo (d.lgs. 206/2005), in cui è stata trasfusa la precedente normativa interna di recepimento della direttiva comunitaria del 1985 (e cioè il d.lgs. 50/1992), che prevede espressamente: *“1. La presente sezione disciplina i contratti tra un professionista ed un consumatore, riguardanti la fornitura di beni o la prestazione di servizi, in qualunque forma conclusi, stipulati:*

*a) durante la visita del professionista al domicilio del consumatore o di un altro consumatore ovvero sul posto di lavoro del consumatore o nei locali nei quali il consumatore si trovi, anche temporaneamente, per motivi di lavoro, di studio o di cura;*

*b) durante una escursione organizzata dal professionista al di fuori dei propri locali commerciali;*

*c) in area pubblica o aperta al pubblico, mediante la sottoscrizione di una nota d'ordine, comunque denominata;*

*d) per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza del professionista.*

*2. Le disposizioni della presente sezione si applicano anche nel caso di proposte contrattuali sia vincolanti che non vincolanti effettuate dal consumatore in condizioni analoghe a quelle specificate nel comma 1, per le quali non sia ancora intervenuta l'accettazione del professionista.*

*3. Ai contratti di cui al comma 1, lettera d), si applicano, se più favorevoli, le disposizioni di cui alla sezione II.”*

Il successivo art. 47 prevede poi che il professionista debba informare il consumatore in ordine alla possibilità ed alle modalità di esercizio del diritto di recesso, prevedendo: *“Per i contratti e le proposte contrattuali soggetti alle disposizioni della presente sezione, il professionista deve informare il consumatore del diritto di cui agli articoli da 64 a 67”*; la norma precisa poi che l'informazione deve essere fornita per iscritto e deve avere il contenuto di cui alle lettere a) e b) di cui al suo II comma (e cioè deve contenere l'indicazione dei termini, delle modalità e delle eventuali condizioni per l'esercizio del diritto di recesso; l'indicazione del soggetto nei cui riguardi va esercitato il diritto di recesso ed il suo

indirizzo o, se si tratti di società o altra persona giuridica, la denominazione e la sede della stessa, nonché l'indicazione del soggetto al quale deve essere restituito il prodotto eventualmente già consegnato, se diverso); tale informativa deve anche essere fornita in caso di proposte relative a contratti stipulati fuori dai locali commerciali ex art. 45, 1° comma, del Codice, mentre nel caso delle cd. vendite per corrispondenza o in base a catalogo di cui all'art. 45, comma 1, lett. d), tale informazione deve essere riportata nel catalogo o in altro documento illustrativo della merce o del servizio ovvero ancora sulla relativa nota d'ordine, se esistente).

Nella materia dei contratti a distanza, assume rilevanza, anzitutto per una definizione della categoria, l'art. 50 del Codice del Consumo, che stabilisce: “*Ai fini della presente sezione si intende per:*

- a) contratto a distanza: il contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un professionista e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal professionista che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso;*
- b) tecnica di comunicazione a distanza: qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, possa impiegarsi per la conclusione del contratto tra le dette parti;*
- c) operatore di tecnica di comunicazione: la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, la cui attività professionale consiste nel mettere a disposizione dei professionisti una o più tecniche di comunicazione a distanza”.*

Il successivo art. 52, rubricato “*Informazioni per il consumatore*”, dispone:

*“In tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere le seguenti informazioni:*

- a) identità del professionista e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, l'indirizzo del professionista;*
- b) caratteristiche essenziali del bene o del servizio;*
- c) prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse e le imposte;*
- d) spese di consegna;*

- e) *modalità del pagamento, della consegna del bene o della prestazione del servizio, comprese tutte le tasse e le imposte;*
- f) *esistenza del diritto di recesso o di esclusione dello stesso, ai sensi dell'art. 55, comma 2;*
- g) *modalità e tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso;*
- h) *costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa della tariffa di base;*
- i) *durata della validità dell'offerta e del prezzo;*
- j) *durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica”.*

Viene inoltre specificato al 2° comma della disposizione che tutte le sopra indicate informazioni “il cui scopo commerciale deve essere inequivocabile” devono essere fornite “in modo chiaro e comprensibile” e “con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata”, osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali “valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili”; il 5° ed ultimo comma della norma specifica poi che in caso di commercio elettronico gli obblighi informativi come sopra delineati devono essere “integrati con le informazioni previste dall'art. 12 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70” (Il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, nel recepire la direttiva comunitaria n. 31 del 2000, ha in particolare stabilito all'art. 7 che gli imprenditori che operano su Internet devono fornire informazioni preliminari, tra l'altro riguardanti gli elementi per la loro individuazione e gli estremi della competente Autorità di Vigilanza qualora un'attività sia soggetta a concessione o autorizzazione, nonché devono indicare in modo chiaro ed inequivoco i prezzi e le tariffe dei diversi servizi forniti, evidenziando se comprendono imposte o costi di consegna. L'art. 8 prevede che le comunicazioni commerciali on-line debbano contenere, sin dal primo invio, informazioni precise sul messaggio, sull'offerta promozionale, sugli sconti e sul soggetto, persona fisica o giuridica, da cui proviene l'offerta. Il successivo art. 10 prevede, tra l'altro, che siano evidenziati i mezzi per correggere gli errori di inserimento dei dati immessi dall'utente prima dell'inoltro dell'ordine, come per es. quelli relativi alla carta di credito. L'art. 12 del decreto, disposizione appunto richiamata dall'art. 52 Codice cons., prevede informazioni “minime” che il prestatore dei servizi on line deve comunicare al consumatore, stabilendo in particolare che “il

*prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, le seguenti informazioni: a) la descrizione delle varie fasi tecniche che dovranno essere seguite per giungere alla conclusione del contratto in via telematica; b) il modo nel quale il contratto, una volta concluso, sarà archiviato e le relative modalità mediante le quali sarà possibile accedervi per esaminarlo; c) gli specifici mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario del servizio per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore; d) gli eventuali codici di condotta ai quali aderisce il prestatore del servizio e le modalità per potervi accedere in via telematica; e) le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano; f) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie”*: sul punto v. PENNASILICO, *op. cit.*, 814, che altresì sottolinea che gli obblighi delineati dalla norma sono di natura precontrattuale, come tali governati dalla clausola generale di buona fede ex art. 1337 c.c.

Va altresì ricordato che, con encomiabile sintesi tra prescrizione di obblighi di preventiva informazione a carico del professionista e configurazione di modalità di controllo sul corretto contenuto del contratto, la legge 2 aprile 2007, n. 40, legge Bersani, di conversione, con modifiche, del decreto legge Bersani 31 gennaio 2007, n. 7, ha previsto all'art. 1, 1° comma (al fine di favorire la concorrenza e la trasparenza sulle tariffe, di garantire ai consumatori finali un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi prezzi del servizio, nonché di facilitare il confronto tra le offerte presenti sul mercato) il *divieto agli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche, di applicare costi fissi e contributi per la ricarica di carte prepagate, anche via bancomat o in forma telematica, aggiuntivi rispetto al costo del traffico telefonico o del servizio richiesto, ed ha altresì vietato la previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico o del servizio acquistato, per cui ogni clausola difforme è nulla, pur non comportando la nullità dell'intero contratto. Al 2° comma è stato inoltre previsto che l'offerta commerciale dei prezzi dei differenti operatori della telefonia deve evidenziare tutte le voci che compongono l'offerta, al fine consentire ai singoli consumatori un adeguato confronto. Al comma 2-bis è previsto che l'Agcom determini le modalità per consentire all'utente, a sua richiesta, al momento della chiamata da un numero fisso o cellulare e senza alcun addebito, di conoscere l'indicazione dell'operatore che gestisce il numero chiamato, così da poter controllare la propria spesa (e per la definizione delle relative modalità è di recente intervenuta la delibera n. 43/07/CIR). La violazione delle disposizioni sopra esposte comporta l'irrogazione della sanzione, da parte dell'Agcom, di cui all'art. 98 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, come modificato dall'art. 2, comma 136, d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito con modificazioni nella l. 24 novembre 2006, n. 286).*

Degno di nota è anche l'art. 57 Codice cons., in materia di fornitura non richiesta dal consumatore, che precisa che il silenzio del consumatore non equivale ad assenso alla fornitura, nonché gli artt. 62 e ss. ove sono previste disposizioni comuni applicabili ad entrambi i contratti, fuori dai locali commerciali ed a

distanza, in ordine all'apparato sanzionatorio ed in punto competenza territoriale (stabilita inderogabilmente presso il giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore medesimo).

La dottrina che si è occupata della sopra citata normativa a protezione del consumatore ha sottolineato che la contrattazione standardizzata o di massa, oltretutto caratterizzata dalla assenza di simultanea presenza fisica di compratore e venditore ovvero dalla impossibilità di percepire e di controllare, al momento della conclusione dell'operazione di scambio, le qualità del bene o del servizio (si pensi appunto ai contratti stipulati fuori dai locali commerciali, ovvero ai contratti a distanza e, nell'ambito di tale ultima categoria, ai contratti a mezzo Internet ovvero ai contratti attinenti al settore delle telecomunicazioni, tra cui in particolare quello della telefonia fissa e mobile) si connota per l'assenza di una vera e propria fase precontrattuale o di trattative in senso proprio (Cfr. GABRIELLI-ORESTANO, voce *"Contratti del consumatore"*, in *Dig. Discipl. Priv. Aggiornamento*, Torino, 2000, 229), per cui, sul piano dei rimedi, viene ad assumere, come vero e proprio diritto fondamentale, il diritto all'informazione, finalizzato a consentire una successiva scelta consapevole in ordine alla conclusione di un determinato contratto (v. l'art. 2, 2° comma, lett. c), del Codice del Consumo: *"Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti ... ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità"*).

E' constatazione ormai tradizionale nella dottrina che si occupa della tutela del consumatore quella secondo cui una efficace garanzia e salvaguardia del diritto all'informazione consente di porre rimedio alla situazione di asimmetria e di disequilibrio che sussiste tra consumatore e professionista in ordine alla disponibilità di informazioni e conoscenze relative al contratto da stipulare, onde ulteriormente evitare che, non potendo consapevolmente e correttamente valutare il rischio negoziale, il consumatore finisca per concludere un contratto definibile come *"inefficiente, in quanto caratterizzato da un prezzo relativamente basso, ma al contempo, da costi impliciti derivanti dall'eventuale manifestarsi dei rischi contrattuali non proporzionati al prezzo pagato"* (V. GABRIELLI-ORESTANO, voce *cit.*, 229 ss., in relazione a PARDOLESI-PACCES, *Clausole vessatorie ed analisi economica del diritto: note*

*in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Dir. priv.*, 1996, 381 ss.; chi per contro ridimensiona la *ratio* legislativa di configurare una fase di trattativa precontrattuale attraverso la valorizzazione degli obblighi di informazione, non solo sottolinea come le prescrizioni legislative attengano ad un mero contenuto minimo di informazioni e siano formulate in maniera tale da non certo invogliare il professionista ad ampliare il numero e l'estensione di tali informazioni medesime, ma anche afferma che la limitata estensione degli obblighi informativi gravanti sul professionista prima della stipulazione del contratto finisce per demandare “*allo stesso documento contrattuale il compito di rendere edotto il consumatore circa il contenuto del regolamento*”: v. GABRIELLI-ORESTANO, voce *cit.*, 235, i quali inoltre rilevano che le prescrizioni in materia di assolvimento di obblighi informativi consentono al consumatore una valutazione sulla convenienza del contratto (recuperando così una fase precontrattuale di per sé inesistente) solo se a tali previsioni si accompagna anche quella relativa all'esistenza di uno *spatium deliberandi* per il consumatore in ordine alla opportunità o meno di stipulare il contratto, mentre, in caso contrario, tali prescrizioni contenutistiche potranno essere utilizzate solo “*per la migliore gestione del rapporto*”; è pur vero tuttavia che a bilanciare tale presunta omissione legislativa si pone il cd. diritto di ripensamento a favore del consumatore.

Sulla sostanziale contrattualizzazione degli obblighi precontrattuali di informazione si sviluppa tutto il dibattito dottrinario sulla nozione di trasparenza delle informazioni, come recepite nelle clausole contrattuali, e sulla nuova funzione assunta dalla forma del contratto, rispetto alle nostre tradizionali teorizzazioni civilistiche, per cui si è parlato a tale proposito di “neoformalismo contrattuale”, nel senso per cui l'esigenza del rispetto, da parte del professionista, di determinati requisiti formali nella fase precontrattuale e nella redazione del contratto, è dettata dall'esigenza per cui, attraverso tale requisito, venga favorita l'intelligibilità e la certezza delle regole del gioco contrattuale, v. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, in *Studium juris*, 2007, 302 e ss. ed in particolare 308; a livello normativo, sotto il profilo della trasparenza dell'informazione, v. per es. il già citato art. 52 del Codice del Consumo (che, oltretutto, al comma 3, ribadisce per la specifica ipotesi delle comunicazioni telefoniche che “*l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore a pena di nullità del contratto*”).

In questo contesto, l'assolvimento degli obblighi di informazione finisce per equivalere all'assolvimento dell'obbligo di comportamento secondo buona fede nel corso delle trattative e consente di prevenire e neutralizzare rischi di alterazione della volontà del consumatore contraente.

All'esito di quanto sinora esposto, occorre pertanto rilevare come il recepimento nell'ordinamento interno di discipline di matrice comunitaria, per lo più attinenti alla tutela del consumatore sotto specifici profili, pone la questione dell'incidenza e dell'influsso delle medesime sui tradizionali concetti di vizi del consenso e di

responsabilità per violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative volte alla formazione ed alla conclusione del contratto (Sul punto v. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 311, che tra l'altro sottolinea: “*Un punto particolarmente caldo dell'intera teoria della culpa in contrahendo è sicuramente costituito dai doveri di informazione. Da tempo la dottrina si sta interrogando circa la configurabilità di doveri di informazione nelle trattative, nonché circa la loro estensione*”).

In altre parole, ed in termini leggermente diversi, occorre chiedersi se la “sorpresa contrattuale” possa assurgere, come peraltro è già stato sostenuto (v. ALPA, in *Contr. impr.*, 2008, 893), a nuovo ed inedito vizio del consenso del consumatore e se quindi su questa scia, ed anche in settori diversi da quello della tutela del consumatore, sia possibile o meno per l'operatore del diritto configurare un ampliamento del raggio di operatività dei tradizionali vizi ex art. 1427 e ss. c.c., ovvero attribuire rilevanza accanto a questi -beninteso sul piano dei rimedi e della tutela giurisdizionale oltre che su quello meramente classificatorio- ai cd. vizi incompleti (v. tra l'altro GANDOLFI, *cit.*, il quale sottolinea che nel progetto di Codice europeo dei Contratti è stata configurata l'annullabilità del contratto anche quando l'errore non sia né essenziale, né dovuto all'inganno della controparte, né riconoscibile, se il contratto da esso inficiato venisse a risultare del tutto privo di interesse per la parte che è stata vittima di tale errore o induzione in errore, con ulteriore possibilità di ottenere il risarcimento dell'interesse positivo; anche il timore reverenziale viene considerato oggetto di analoga tutela, laddove la controparte della vittima ne sia stata consapevole ed abbia tratto ingiusti vantaggi).

In altre parole il problema che ci si pone è “*quello di verificare se, in ragione di una tendenza diffusa, per settori particolari, nel sistema, si possa ricavare qualche regola generale a tutela del contraente che abbia progettato la conclusione o abbia concluso un contratto o ancora abbia in corso un rapporto contrattuale “squilibrato”*” (V. BOSETTI, *Lo “squilibrio contrattuale” ed i recenti strumenti di tutela del contraente debole. Contributo minimo per uno studio dei lineamenti generali del sistema*, in [www.appinter.csm.it](http://www.appinter.csm.it), 15, il quale evidenzia due aspetti del problema: “*atteso che, di fronte all'“abuso di potere” di un contraente o davanti allo “squilibrio contrattuale” in generale il sistema propone una grande eterogeneità di risposte ... può legittimamente operarsi una razionalizzazione del sistema sotto l'egida di principi comuni ? Ed in secondo luogo, tale razionalizzazione può ritenersi anche ed effettivamente operativa, oltre che -eventualmente- avere un rilievo di coerente classificazione ?*”)

### **III. Vizi incompleti e vizi completi, ovvero i vizi incompleti tra responsabilità precontrattuale ed annullabilità per vizi del consenso.**

Per poter rispondere all'interrogativo di cui sopra, occorre anzitutto meglio chiarire il contenuto e la consistenza della categoria dei cd. vizi incompleti rispetto alla categoria dei tradizionali vizi del consenso.

In questo senso, può essere anzitutto considerato un punto fermo della riflessione quello inerente il rapporto di prevalenza dei tradizionali vizi del consenso (errore, violenza e dolo) di cui al codice civile rispetto ai cd. vizi incompleti.

Esattamente infatti è stato rilevato che la categoria dei vizi incompleti è categoria residuale, per cui laddove sia attribuita maggiore espansione alla categoria dei tradizionali vizi del volere, la categoria dei vizi incompleti è destinata a ridimensionarsi ed a contrarsi (GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 320).

Naturalmente, quindi, è possibile anche formulare l'affermazione opposta, e cioè che laddove i tradizionali vizi del consenso siano interpretati più restrittivamente (con conseguente limitazione del rimedio giurisdizionale consistente nella annullabilità del contratto), potrebbe esservi spazio per la configurabilità dei cd. vizi incompleti (e dunque per una forma di tutela ad essi riconducibile, *in primis* quale tutela risarcitoria, ma -forse anche- in termini di tutela demolitoria e di invalidità).

Per poter dunque comprendere in concreto il rapporto esistente tra vizi tradizionali del consenso (o "completi") e cd. vizi incompleti deve essere esaminato l'attuale stato della giurisprudenza in tema di errore, dolo, violenza.

#### *L'errore.*

Partendo dalla tematica dell'errore (che il codice civile considera sia come errore vizio, cioè errore che attiene alla formazione della volontà contrattuale, sia come errore ostativo, cioè errore nella dichiarazione contrattuale), occorre brevemente ricordare che, per costituire causa di annullamento del contratto, l'errore deve essere essenziale, oltre che riconosciuto o riconoscibile dall'altro contraente (non rileva invece la sua scusabilità: v. Cass., 13.3.2006, n. 5429, in Giust. civ. Mass., 2006, 3: "*La parte che chiede l'annullamento del contratto per errore essenziale sulle qualità del bene ha l'onere di dedurre e provare, in*

*caso di contestazione, i fatti dai quali tale qualità risulta, nonché l'essenzialità dell'errore e la sua riconoscibilità dalla controparte con l'uso dell'ordinaria diligenza, mentre la scusabilità dell'errore che abbia viziato la volontà del contraente al momento della conclusione del contratto è irrilevante ai fini dell'azione di annullamento, poiché deve aversi riguardo alla riconoscibilità dell'errore da parte dell'altro contraente” ; negli stessi termini Cass., 2.2.1998, n. 985, in *Contratti* (I) 1998, 437, con nota di VOLPE; in *Giust. civ.*, 1999, I, 2487, con nota di FIDOTTI; in *Resp. civ. e prev.* 2000, 1093, con nota di CAMPAGNOLO; Cass. lav., 24.11.2004, n. 22169, in *Dir.prat.soc.*, 2005, 52, con nota di COLAVOLPE: “Non è richiesto che l'errore sia stato effettivamente riconosciuto, bensì soltanto l'astratta possibilità di tale riconoscimento, con l'uso della normale diligenza. Non è richiesto il requisito della scusabilità dell'errore - cioè l'impossibilità di rimuoverlo con l'uso della normale diligenza - per integrare lo stesso vizio del consenso, quale causa di annullamento del contratto”).*

Ai sensi dell'art. 1429, n. 1, c.c. (disposizione che tradizionalmente la manualistica e la dottrina non considerano come tassativa nella elencazione delle ipotesi di essenzialità, salvo poi precisare come sia arduo immaginare ulteriori ipotesi non contemplate o comunque non ricomprese in tale elenco) è anzitutto essenziale l'errore che cade sulla natura o sull'oggetto del contratto.

Premesso che la giurisprudenza ha operato una chiara distinzione tra errore sull'oggetto del contratto ed errore sulla descrizione dell'oggetto del contratto, in quanto tale rimediabile con il ricorso alla interpretazione del documento contrattuale (V. Trib. Roma, 24.5.2000, in *Riv. notariato*, 2000, 1473; App. Cagliari, 8.5.1985, in *Riv. Giur. sarda*, 1986, I, 408, relativo a fattispecie di erronea identificazione dei dati e della denominazione catastali di immobili oggetto di compravendita; Cass., 28.8.1986, n. 5277, in *Giust. civ. Mass.*, sempre in materia di errore materiale nell'indicazione dei dati catastali), deve invece essere osservato come spesso non sia agevole, in concreto, distinguere tra errore sulla natura del contratto (cioè sul tipo o sottotipo contrattuale: per es. ricevo in *leasing* credendo di acquistare) ed errore sull'oggetto del contratto (cioè sull'insieme delle prestazioni dedotte in contratto ovvero sulla cd. materia del contratto, cioè sul conflitto di interessi che il contratto è diretto a regolare: per es. con una transazione si attribuisce alla controparte un diritto reale minore, un diritto di superficie, laddove controparte credeva di vedersi attribuito un diritto di proprietà): entrambe queste tipologie di errore sono tuttavia considerate dal codice come errore essenziale e quindi conducono alle medesime conseguenze, per cui l'alternativa tra le due figure “... è *innocua*” (Così ROPPO, *op. ult. cit.*, 786-787, il quale tra l'altro precisa che l'errore di denominazione del contratto ad opera di una parte o di entrambe è rimediabile mediante la riqualificazione del giudice del contratto secondo la sua vera natura; in

giurisprudenza v. Cass., 8.6.2004, n. 10815, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1, 2442: “*La parte che deduce di essere incorsa in un errore di fatto sulla natura di un contratto e ne chiede l'annullamento deve indicare quale altro contratto intendeva concludere, mentre per l'errore sull'oggetto deve dimostrare che l'errore cade sull'identità di esso. Essa inoltre ha l'onere di dimostrare l'essenzialità dell'errore e la sua riconoscibilità dalla controparte con l'uso dell'ordinaria diligenza*”).

Foriera di maggiori problemi è invece la distinzione tra errore sulla natura del contratto ed errore di diritto ex art. 1429 n. 4, c.c. (intendendosi per tale l'ignoranza o la falsa conoscenza di una norma giuridica rilevante in relazione al contratto), posto, da un lato, che la qualificazione di un contratto costituisce *quaestio juris* e, d'altra parte, che, come è stato rilevato in dottrina, l'errore di diritto non si presenta quasi mai come “errore di diritto allo stato puro”, ma tende per sua natura appunto a risolversi nell'errore sulla natura del contratto o sull'oggetto del contratto ovvero ancora nell'errore sulle qualità essenziali dell'oggetto contrattuale ex art. 1429, n. 3, c.c. (ROPPO, *cit.*, 787; per l'esclusione dell'errore di diritto in caso di inescusabile dimenticanza o imperdonabile leggerezza circa la conoscenza delle condizioni contrattuali, v. App. Milano, 23.10.1997, in *Corr. merito*, 2007, 1394, sul punto v. inoltre *infra* nel testo sub par. IV; cfr. Cass., 29.9.2005, n. 19156, in *Vita not.*, 2006, 280, secondo cui l'esistenza della nullità parziale ex art. 1419, 2° comma, c.c. impedisce che al risultato dell'invalidità dell'intero contratto possa pervenirsi in considerazione della sussistenza di un vizio del consenso cagionato da errore di diritto essenziale, avente ad oggetto la clausola nulla in rapporto alla norma imperativa destinata a sostituirla, poiché l'essenzialità di tale clausola rimane esclusa dalla stessa prevista sua sostituzione con una regola posta a tutela di interessi collettivi di preminente interesse pubblico; analogamente Cass., 21.12.1994, n. 11032, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1237 con nota di COSTANZA: “*Poiché l'errore di diritto rileva soltanto se concerne circostanze esterne, influenti sulla valutazione soggettiva della convenienza del negozio, deve escludersi la rilevanza dell'errore del contraente che conclude il contratto ignorando l'esistenza delle norme imperative da cui deriva l'integrazione del negozio a norma dell'art. 1339 c.c. e quindi la modifica del regolamento contrattuale, attesa la mancanza del carattere negoziale delle clausole rispetto alle quali si è verificata una sostituzione legale*”; v. Cass., 4.12.1982, n. 6609, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 12: “*Il principio utile per "inutile non vitiatur", valido in tema di nullità del contratto, può trovare applicazione anche nel caso della annullabilità del medesimo con la conseguenza che il giudice deve procedere, attraverso la valutazione della volontà delle parti, all'accertamento della scindibilità o meno del negozio per evitare, se possibile, la totale caducazione del rapporto a cagione del riscontrato vizio cui si ricollega l'annullabilità*”).

Ad effettiva riprova di tale constatazione si pone per es. la giurisprudenza in materia di edificabilità o meno del fondo compravenduto, che di fatto riconduce l'errore di

diritto all'errore su una qualità essenziale del fondo *de quo*: v. in particolare Cass., Sez. Un., 1.7.1997, n. 5900 (in *Notariato*, 1997, 507 con nota di MARICONDA): “*La falsa rappresentazione della realtà circa la natura (agricola o edificatoria) di un terreno, ricadendo direttamente su di una qualità dell'oggetto, integra l'ipotesi normativa dell'errore di fatto e non di diritto, poiché la inesatta conoscenza della norma che ne preveda la destinazione urbanistica si risolve in una (altrettanto) inesatta conoscenza della circostanza della edificabilità o inedificabilità del suolo, di una circostanza, cioè, inerente ai caratteri reali del bene, differenziandosi un terreno non fabbricabile da un altro utilizzabile a scopi edilizi essenzialmente sotto il profilo dei relativi, possibili impieghi, così che le parti di una compravendita si determinano alla stipula del negozio proprio in relazione alle qualità del terreno ed alle utilità (ed utilizzazioni) da esso ricavabili, incorrendo in errore essenziale in caso di ignoranza della sua vera natura (errore che, per converso, non influirà sulla validità del contratto qualora verta esclusivamente sul valore, attenendo, in tal caso, ai motivi che possano aver indotto le parti alla stipula e che, come tali, non spiegano una incidenza diretta sul processo formativo del volere negoziale)*”; Cass., 17.12.1991, n. 13578 (in *Giust. civ. Mass.*, 1991): “*L'errore sulle caratteristiche di edificabilità del fondo compravenduto, anche se provocato dall'ignoranza della disciplina urbanistica, deve essere ricondotto all'errore sulle qualità oggetto del contratto, ai sensi dell'art. 1429, n. 2. c.c., piuttosto che all'errore di diritto, perché la destinazione del fondo è attinente alle sue caratteristiche reali, in senso funzionale, economico e sociale*”; Cass., 12.10.1985, n. 4955 (in *Riv. giur. ed.*, 1986, I, 102): “*L'art. 1429, n. 2, c.c. considera essenziale ai fini dell'annullamento del contratto nel concorso dei requisiti di cui agli artt. 1428 e 1431 dello stesso codice, anche l'errore sopra una qualità dell'oggetto, la quale, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, sia stata determinante del consenso; pertanto l'errore predetto sussiste non soltanto nel caso di vendita di un terreno nella falsa convinzione della natura rustica anziché edificatoria dello stesso, ma anche nel caso in cui il venditore abbia ignorato che al fondo, pur non edificabile al tempo della stipula del contratto, era stata però*

*attribuita natura edificatoria dal piano regolatore (o da una sua variante) già adottato dal consiglio comunale, ancorché in corso di approvazione da parte della regione”*; Cass., 29.6.1985, n. 3892 (in *Giur. it.*, I, 1, 396): *“Costituisce errore di diritto essenziale sulla qualità del bene dedotto in prestazione l’ignoranza, da parte del venditore, che il terreno oggetto del contratto e dal medesimo considerato fondo rustico sia stato, per variante del piano regolatore comunale deliberata anteriormente alla stipulazione, destinato ad area edificabile; invero i terreni per i quali uno strumento urbanistico in corso di formazione prevede destinazione diversa da quella ad essi in atto proprio, e in particolare i fondi rustici destinati a scopo di edificazione, vengono obbiettivamente in considerazione per la qualità corrispondente alla nuova destinazione già prima che il nuovo strumento urbanistico sia definitivamente approvato e acquisti così la sua istituzionale efficacia, sin dal momento in cui esso è adottato dall’ente territoriale interessato con propria deliberazione”*; Cass., 10.5.1985, n. 2915, in *Giust. Civ. Mass.*, 1985 ed in *Dir. e giur. agr.*, 1986, 285: *“L’errore sulla natura edificatoria di un terreno, la quale costituendo una sua qualità essenziale, determina l’annullabilità della compravendita di tale bene ove l’alienante lo abbia ritenuto agricolo, deve sussistere al momento della prestazione del consenso e presuppone l’esistenza di elementi obiettivi atti a dimostrare la edificabilità attuale e concreta del suolo e non la mera prospettiva di futura possibilità di edificazione, ancorché questa ultima possa incidere sul valore del bene”* (analogamente Cass., 28.3.1990, n. 2518, in *Giust. civ. Mass.*, 1990; Trib. Perugia, 3.9.1997, in *Rass. Giur. Umbra*, 1998, 377: *“Non può essere accolta la domanda di esecuzione specifica di un contratto preliminare di vendita relativa ad un fondo alienato come agricolo nel caso in cui la disciplina urbanistica approvata prima della stipulazione del contratto abbia destinato parte dello stesso ad edificazione, dovendosi il preliminare ritenere annullabile per errore sulle qualità essenziali dell’oggetto”* e negli stessi termini Trib. Cagliari, 6.4.1989, in *Rass. giur. sarda*, 1990, 727; Trib. Foggia, 7.5.1980, in *Giur. merito*, 1981, 922; v. inoltre in dottrina ROPPO, *cit.*, 789, secondo cui è invece più opinabile l’essenzialità dell’errore in ordine al livello di piano dell’appartamento acquistato: se può infatti essere considerata determinante del consenso la qualità dell’essere l’alloggio ad un piano alto piuttosto che a pianterreno -o viceversa, nel caso di persone anziane, disabili ecc.- ovvero dell’alloggio ad un piano intermedio quando lo si voleva acquistare al piano attico, non sembra avere, almeno astrattamente, rilevanza ai fini

dell'essenzialità dell'errore, il fatto che sia stato acquistato un alloggio al 18° piano di un edificio di 32 piani invece di identica unità immobiliare che si pensava di acquistare al 19° piano).

La distinzione tra le diverse figure appare tuttavia rilevante, dal momento che mentre l'errore sulla natura del contratto è essenziale di per sé e l'errore sulle qualità dell'oggetto contrattuale è essenziale se tali qualità sono stati determinanti del consenso, l'errore di diritto viene considerato essenziale ex art. 1429, n. 4 solo se è stato la ragione unica o principale del contratto (v. per es. Trib. Modena, 22.8.2006, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 1035: “Il contratto attributivo di diritti reali posto in essere in esecuzione di accordi di separazione non costituisce una donazione, ma un contratto gratuito atipico, tra i cui presupposti non vi è lo spirito di liberalità. L'erronea convinzione circa il contenuto della riserva del diritto di abitazione rispetto alla riserva dell'usufrutto non integra il presupposto dell'annullamento per errore, in quanto trattandosi di errore di diritto, esso doveva risultare la ragione unica o principale della stipulazione”; v. Cass., 28.3.1984, n. 2052, in *Foro it.*, 1984, I, 1540 ed in *Giust. civ.*, 1984, I, 3361, che espressamente sottolinea che l'art. 1429 n. 4 in materia di errore di diritto è disposizione che attribuisce efficacia ai motivi soggettivi).

Analoghe problematiche, poi, si presentano relativamente alla distinzione tra errore sulla identità dell'oggetto della prestazione ed errore sulla qualità dell'oggetto che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso (ipotesi entrambe previste dall'art. 1429, n. 2. c.c.), tenuto conto che nel primo caso l'errore è essenziale di per sé; nel secondo lo è solo se determinante del consenso, secondo i due criteri (comune apprezzamento o circostanze concrete inerenti quello specifico contratto) di cui all'ultima parte del già citato art. 1429, n. 2, c.c.

E' stato infatti anzitutto sostenuto come sia impossibile in concreto distinguere tra errore sull'identità dell'oggetto della prestazione, che in sostanza sarebbe un caso di *aliud pro alio* neppure facilmente distinguibile dall'errore sull'oggetto (così GALGANO, *op. cit.*, 289, che parla di errore sull'identità dell'oggetto facendo l'esempio di colui che compera un appartamento in un determinato stabile condominiale, ma compra l'interno X mentre credeva di comprare l'interno Y), ed errore sulle qualità determinanti del consenso che, in quanto tali, connotano il bene nella sua funzione e destinazione economica, data la stretta contiguità tra i due concetti (V. Codice Civile, a cura di Rescigno, Milano, 1994, sub art. 1429, p. 1607).

In giurisprudenza sono riscontrabili diverse posizioni.

Pare utile ricordare una ricca casistica in materia di vendita di opere d'arte, fra cui per es., Cass., 1.7.2008, n. 17995 (in *Dir. & Giust.*, 2008): *“La cessione di un'opera d'arte falsamente attribuita ad artista che in realtà non ne è stato l'autore costituisce una ipotesi di vendita di aliud pro alio e legittima l'acquirente a richiedere la risoluzione del contratto per inadempimento del venditore ex art. 1453 c.c.”* e Cass., 16.1.2006, n. 686 (in *Giust. civ.*, 2006, 1744): *“In tema di compravendita, qualora la res tradita sia completamente diversa da quella pattuita, in quanto appartenente ad un genere diverso, ricorre l'ipotesi non della mancanza di qualità promesse, ma della consegna di aliud pro alio, che dà luogo ad un'ordinaria azione di risoluzione ex art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1459 c.c. (la Suprema Corte nel cassare la sentenza di merito ha ritenuto che ricorresse, nella specie, la vendita di aliud pro alio avendo il venditore consegnato due pitture da cavalletto in luogo dei due affreschi oggetto della pattuizione, beni che soddisfano peculiari esigenze estetiche, in quanto appartenenti ad un genere pittorico unico ed aventi un valore venale superiore)”,* laddove altre decisioni citate *infra* nel testo argomentano invece, pur nella stessa ipotesi di individuazione della paternità dell'opera d'arte, in termini di errore per mancanza di qualità determinanti del consenso; v. inoltre App. Bologna, 4.1.1993 (in *Dir. autore*, 1993, 487): *“La vendita di opera d'arte con garanzia di autenticità, rivelatasi, poi, falsa, va inquadrata nella vendita di "aliud pro alio", ovvero nell'ambito dell'errore vizio a seconda delle concrete modalità in cui si è atteggiata e determinata la volontà dei contraenti”*; App. Roma, 24.5.1988 (*ivi*, 1988, 590): *“La vendita di un quadro garantito dal venditore come autentico e successivamente rivelatosi non tale per dichiarazione dello stesso autore, confermata da consulenza tecnica, costituisce vendita di "aliud pro alio" soggetta all'azione di risoluzione per inadempimento dell'obbligazione a norma dell'art. 1476 c.c. Tale azione, a differenza di quella concernente la vendita di cosa priva di qualità essenziali o promesse (art. 1497 c.c.) ovvero di errore sulle qualità*

*delle cose (ipotesi che non ricorrono nel caso di compravendita di quadro falso), è del tutto svincolata da termini brevi di prescrizione e di decadenza”.*

Cfr. poi, per una diversa fattispecie, Cass., 16.4.1984, n. 2453, (in *Giust. civ. Mass.*, 1984): *“Se oggetto della vendita sia stata una cosa individuata, ben determinata (nella specie: gruppo motore-cambio di autoveicolo sinistrato) e ne sia avvenuta la relativa consegna, la mancanza di qualità (nella specie inadattabilità tecnica a veicolo di tipo diverso) non comporta consegna di aliud pro alio e quindi non dà luogo all’azione di adempimento né all’azione di risoluzione per mancanza di qualità promesse, ma a quella di annullamento per errore, quando la falsa rappresentazione della realtà sia caduta sull’esistenza -semplicemente supposta od anche espressamente promessa- delle qualità anzidette, incidendo in modo determinante sulla prestazione del consenso”.*

Più di recente v. Cass., 9.7.2008, n. 18859 (in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 1120): *“Si ha vizio redibitorio oppure mancanza di qualità essenziali della cosa consegnata qualora questo presenti imperfezioni che la rendano inidonea all’uso cui dovrebbe essere destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, ovvero appartenga ad un tipo diverso o ad una specie diversa da quella pattuita; si ha invece consegna di aliud pro alio, che dà luogo all’azione contrattuale di risoluzione o di adempimento ai sensi dell’art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione, qualora il bene consegnato sia completamente diverso da quello pattuito, in quanto appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere la destinazione economico-sociale della res promessa e quindi a fornire l’utilità richiesta”* (sulla scorta dell’enunciato principio la Suprema Corte ha rigettato il ricorso proposto, ritenendo che poiché nella specie, in base alla stessa prospettazione del ricorrente, era stato pur sempre allo stesso consegnato un fondo agricolo sfruttato effettivamente per la conduzione agricola, doveva escludersi che si fosse di fronte alla consegna di *aliud pro alio*) ed, analogamente, Cass., 25.9.2002, n. 13925 (in *Arch. civ.*, 2004, 48): *“Si ha vizio redibitorio oppure mancanza di qualità essenziali della cosa consegnata al compratore qualora questa presenti imperfezioni*

*concernenti il processo di produzione o di fabbricazione che la rendano inidonea all'uso cui dovrebbe essere destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, ovvero appartenga ad un tipo diverso od ad una specie diversa da quella pattuita; si ha invece consegna di "aliud pro alio" che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione o di adempimento ex art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c., qualora il bene venduto sia completamente diverso da quello pattuito, in quanto appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere la destinazione economico-sociale della res venduta e, quindi, a fornire l'utilità richiesta. La qualificazione giuridica delle relative questioni dedotte in giudizio può essere operata anche d'ufficio dal giudice, ove le circostanze a tal fine rilevanti siano state acquisite nel processo".*

Cfr. ancora Trib. Torino, 21.4.2008 (in *Guida dir.*, 2008, 27, 82): *“Nella compravendita di immobili su piante, l'uso di una diversa tipologia di pavimentazione nei balconi, l'occupazione parziale di un vano che invece doveva rimanere vuoto, la diversa dislocazione degli attacchi antifurto, la difforme realizzazione di un piano all'interno del bagno cieco, sono tutti difetti che ineriscono al processo di produzione della res e che pertanto, ove provati, integrano un'ipotesi di mancanza di qualità della cosa oggetto del contratto e non la diversa eventualità della consegna aliud pro alio”.*

Degna di nota, in quanto si differenzia dal prevalente orientamento in materia di cessione di quote societarie peraltro per la peculiarità della fattispecie, è poi Cass., 20.2.2004, n. 3370 (in *Contratti* (I) 2004, 687, con nota di CARNEVALI; in *Vita not.* 2004, 987; in *Giust. civ.* 2005, 4, 1069, con nota di D'ALESSANDRO): *“Anche al contratto con il quale vengono trasferite quote di una società dietro pagamento di un prezzo - contratto che rientra nella nozione di compravendita - si applicano le norme di cui agli art. 1470 ss. c.c. e, in particolare, i principi riguardanti la distinzione tra mancanza delle qualità promesse o essenziali della cosa venduta e vendita di "aliud pro alio", dai quali si desume che gli estremi di questa seconda (e più grave) forma di inadempienza possono essere ritenuti sussistenti unicamente se i beni consegnati*

*sono (non soltanto "difformi", ma anche) assolutamente privi delle capacità funzionali a soddisfare i bisogni dell'acquirente e, quindi, "radicalmente diversi" da quelli pattuiti. (Nella fattispecie, relativa a cessione di quote di società a responsabilità limitata titolare di azienda alberghiera, priva della promessa licenza per l'esercizio dell'attività di ristorazione in favore di persone diverse dagli ospiti dell'albergo, la S.C. ha ritenuto che ricorresse la prima ipotesi)".*

In materia di violazione, da parte dell'intermediario finanziario, degli obblighi informativi nei confronti dell'investitore è riscontrabile sia il riferimento all'errore nell'identità della prestazione sia il riferimento all'errore su qualità determinanti, e quindi essenziali, dell'oggetto della prestazione: v. per es. Trib. Bologna, 8.1.2008 (in *Il merito*, 2008, 11, 28): *"Il contratto di acquisto di titoli obbligazionari è annullabile per errore essenziale sull'identità della prestazione, e quindi su una qualità essenziale del consenso, quando, durante la negoziazione individuale dei titoli, l'acquirente non venga reso edotto della loro provenienza estera e della non quotazione della società emittente sul mercato finanziario interno"*; cfr. altresì (Consultabili per esteso nel sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)) Trib. Taranto, 1.7.2008: *"Circostanze quali la sottoscrizione della documentazione "in bianco", il fatto che l'operazione di sottoscrizione del piano 4you costituiva il primo investimento di parte attrice, la dimensione eccessiva dell'importo finanziato e della rata mensile pari a lire 3.300.000, da pagarsi in trent'anni, maggiorata di interessi, con un reddito mensile di livello impiegatizio, sono fattori che rivelano una notevole mancanza di consapevolezza da parte dell'investitore, il quale, se avesse compreso le informazioni dovute al momento della contrattazione e ne avesse compreso il significato, non avrebbe stipulato il contratto, il quale può pertanto essere annullato per errore sulla identità dello stesso ovvero su una qualità dell'oggetto della prestazione intesa come conformazione giuridica e materiale del titolo acquistato"*; Trib. Parma, 17.11.2005: *"L'annullamento di ordini di negoziazione per vizio del consenso e, in particolare, per errore essenziale e riconoscibile dalla banca (che avrebbe dovuto informare l'investitore dei rischi dell'investimento) sull'oggetto ovvero sulla qualità essenziale dei titoli, presuppone*

*la dimostrazione che, qualora avesse ricevuto adeguate informazioni al momento della contrattazione l'investitore non avrebbe certamente compiuto l'operazione. Ai fini dell'errore richiesto per l'annullamento del contratto è irrilevante il successivo andamento e peggioramento dei titoli. (Nel caso di specie, la domanda dell'investitore è stata respinta perchè i prodotti negoziati, al momento dell'acquisto, non potevano considerarsi totalmente inaffidabili e perché l'investitore era soggetto esperto con considerevole propensione al rischio)".*

Ipotesi del tutto diversa e peculiare, che si potrebbe definire sostanzialmente caratterizzata da errore "sulla marca" dell'oggetto della prestazione, è invece quella affrontata da Cass., 24.3.1981, n. 1698 (In *Giust. civ. Mass.*, 1981, fasc. 3), che qualifica formalmente la fattispecie in termini di errore sulla qualità determinante del consenso: *"L'errore essenziale ricorre quando cade sulle qualità che valgono a determinare ed identificare la cosa rispetto allo scopo, all'uso, alla normale destinazione economica, sino al punto di apparire consustanziale con essa; pertanto, la non appartenenza di un orologio ad una prestigiosa marca (nella specie, Cartier), falsamente impressa su di esso, integra una mancanza di qualità essenziale, tale da invalidare il consenso espresso dall'acquirente, avendo assunto la marca rispetto al prodotto una connotazione qualificante di esso)".*

Merita infine di essere menzionata, quale ipotesi di "sopresa contrattuale" *ante litteram*, sebbene formalmente qualificata in termini di errore sulla qualità Pret. Bologna, 16.6.1997 (in *Foro it.*, 1998, I, 276): *"Integra mancanza delle qualità promesse nella cosa compravenduta la circostanza che questa presenti caratteristiche non espressamente previste dal compratore (nella specie, un calendario augurale, senza espressa richiesta del compratore, conteneva testi politicamente orientati)".*

La contiguità dei concetti di errore sull'identità dell'oggetto ed errore sulla qualità essenziale del medesimo è poi ulteriormente comprovata dalla loro riconducibilità all'errore sul valore dell'oggetto della prestazione o cd. errore sulla valutazione economica dell'operazione negoziale (v. ROPPO, *cit.*, 790-791, che tra l'altro evidenzia che l'errore sul valore va tenuto distinto dall'errore sul prezzo nella misura in cui il prezzo costituisce oggetto del contratto, e quindi l'errore sul prezzo si risolve, invero, nell'errore sull'oggetto contrattuale: tale è il caso in

cui la parte contratta in dollari canadesi pensando erroneamente che abbiano lo stesso valore dei dollari USA; v. in giurisprudenza Trib. Napoli, 7.11.2006, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) : “E’ ravvisabile la fattispecie dell’errore essenziale di cui all’art. 1429 c.c. nell’ipotesi di acquisto di obbligazioni di società delle quali l’intermediario finanziario avrebbe dovuto conoscere la preoccupante situazione finanziaria del tutto ignorata dall’investitore. (Nel caso di specie, il Tribunale ha dichiarato l’annullamento del contratto di acquisto di obbligazioni Parmalat Finance Corporation BV)”, categoria questa che la prevalente giurisprudenza non ritiene tuttavia di dover configurare autonomamente e preferisce qualificare in termini di errore sulle qualità essenziali determinanti del consenso.

L’orientamento giurisprudenziale in tal senso si è consolidato soprattutto in riferimento ad ipotesi di vendita o cessione di titoli azionari: v. Cass., 21.6.1996, n. 5773 (In *Giur. it.*, 1997, I, 1, 163; in *Banca borsa tit. cred.* 1997, II, 18, con nota di GALLETTI; in *Contratti*, 1997, I, 231, con nota di FONDRIESCHI; in *Società*, 1997, 33, con nota di PAOLINI; in *Vita not.*, 1997, 312 ; in *Riv. notariato*, 1997, 912): “Il contratto di **compravendita** di quote di società a responsabilità limitata ha come oggetto immediato la partecipazione sociale e solo quale oggetto mediato la quota parte del patrimonio sociale che la partecipazione rappresenta; conseguentemente il difetto di **qualità** della cosa venduta - rilevante ai fini dell’**annullamento** del contratto per **errore** o della sua **risoluzione** - deve attenersi unicamente alla “**qualità**” dei diritti ed obblighi che in concreto la partecipazione sociale sia idonea ad attribuire, mentre non può riguardare il suo valore economico, in quanto esso non attiene all’oggetto del contratto ma alla sfera delle valutazioni motivazionali delle parti e può quindi assumere rilievo solo ove siano state previste esplicite garanzie contrattuali in relazione alla consistenza economica della partecipazione ovvero nel caso di dolo di un contraente, che rende annullabile il contratto in relazione ad ogni tipo di **errore** determinante del consenso”.

Analogamente, più di recente, v. Cass., 19.7.2007, n. 16031 (In *Giur. it.*, 2007, 12, 2751; in *Giust. civ.*, 2008, 1979, con nota di CAPOCASALE e 2905 con nota di FICI; in *Giur. comm.*, 2008, 6, 1176, con nota di PARMEGGIANI), secondo cui: “Non è annullabile per **errore** essenziale sulle qualità della cosa il contratto di **compravendita** di **azioni** che si assuma stipulato ad un prezzo non corrispondente al loro effettivo **valore**, senza che il venditore abbia prestato alcuna garanzia in ordine alla consistenza patrimoniale della società cui le

*azioni si riferiscono. Né varrebbero ad incidere sulla validità del contratto il semplice mendacio o le omissioni su di esso, se non accompagnate da notizie ed astuzie volte a realizzare l'inganno voluto ed idonee in concreto a sorprendere una persona di normale diligenza (dolus malus)”.*

La massima è stata di recente ripresa in Cass., 12.6.2008, n. 15760 (In Guida dir., 2008, 42, 84 - s.m.): *“La cessione delle azioni di una società di capitali (o delle quote di una società di persone) ha come oggetto immediato la partecipazione sociale e solo quale oggetto mediato la quota parte del patrimonio sociale che tale partecipazione rappresenta. Le carenze, o i vizi relativi alle caratteristiche e al valore dei beni ricompresi nel patrimonio sociale - e, di riverbero, alla consistenza economica della partecipazione - pertanto, possono giustificare l'annullamento del contratto per errore o, ai sensi dell'art. 1497 c.c., la risoluzione per difetto di qualità della cosa venduta (necessariamente attinente ai diritti e obblighi che, in concreto, la partecipazione sociale sia idonea ad attribuire e non al suo valore economico), solo se il cedente abbia fornito, a tale riguardo, specifiche garanzie contrattuali, ovvero nel caso di dolo di un contraente, quando il mendacio o le omissioni sulla situazione patrimoniale della società siano accompagnate da malizie e astuzie volte a realizzare l'inganno e idonee, in concreto, a sorprendere una persona di normale diligenza”.*

Per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Napoli, 11.3.2002 (In Contratti, I 2002, 1137 con nota di CAPILLI ed in Nuova giur. civ. comm., 2003, I, 139, con nota di GIORGI): *“Il contratto di compravendita di quote di s.r.l., ha come oggetto immediato la partecipazione sociale e solo quale oggetto mediato la quota parte del patrimonio sociale che la partecipazione rappresenta; conseguentemente il difetto di qualità della cosa venduta - rilevante ai fini dell'annullamento del contratto per errore o della sua risoluzione - deve attenersi unicamente alla "qualità" dei diritti ed obblighi che in concreto la partecipazione sociale sia idonea ad attribuire, mentre non può riguardare il suo valore economico, in quanto esso non attiene all'oggetto del negozio, ma alla sfera delle valutazioni motivazionali delle parti e può, quindi, assumere rilievo solo nel caso di dolo del contraente, che rende annullabile il contratto in relazione ad ogni*

*tipo di errore determinante del consenso”*; Trib. Milano, 17.10.2002 (in *Giur. it.*, 2003, 297, con nota di COTTINO): “*Nel caso di preliminare di vendita di partecipazioni sociali non è ipotizzabile, in assenza di esplicite garanzie contrattuali del promittente, l'azione di annullamento per errore o di risoluzione per promessa di "aliud pro alio" da parte del promissario. Nè può essere invocata per ottenerne la risoluzione l'istituto della presupposizione, salvo che si dimostrino specifici comportamenti dei contraenti indicativi della rappresentazione in loro capo del positivo andamento della società quale comune presupposto della vigenza del contratto”*; Trib. Catania, 30.4.1997 (In *Giur. comm.* 1999, II, 681, con nota di BANNA): “*Il contratto di compravendita di azioni o quote di società di capitali ha come oggetto immediato l'insieme di diritti ed obblighi afferenti allo "status" di socio, mentre l'acquisto della quota parte del patrimonio sociale che la partecipazione rappresenta costituisce mero effetto indiretto del contratto. Ne consegue che l'eventuale diverso valore del patrimonio societario cui afferiscono le quote o azioni non può nè giustificare una azione di risoluzione della compravendita od una riduzione del prezzo di essa per vizi o difetto di qualità essenziali (ove non sia espressamente pattuita e garantita la sussistenza di un determinato valore) nè può determinare l'annullamento del contratto sotto il profilo dell'errore su una qualità dell'oggetto del contratto, salvo il caso del dolo il quale è rilevante in ordine ad ogni tipo di errore determinante del consenso”*.

Tale orientamento, che si fonda sulla constatazione per cui l'azione o la quota non rappresenta direttamente il patrimonio sociale, è condiviso da parte della dottrina, che appunto sottolinea che, posto che la cessione delle azioni o quote non comporta il trasferimento del patrimonio sociale, le circostanze sulle quali il dichiarante cade in errore sono del tutto estrinseche al contratto.

Viene inoltre sottolineato che non può costituire errore essenziale il malinteso in cui cade la parte su questioni che implicano giudizi di valore e dunque il malinteso su circostanze non oggettivamente apprezzabili, tra cui, appunto, la previsione futura di un reddito (V. FRANZONI, *Errore vizio della volontà, errore ostativo e invalidità del contratto*, in FERRI, DI MAJO, FRANZONI, *L'invalidità del contratto*, Torino, 2003, 459 ss., il quale aggiunge altresì che per annullare questi contratti occorre la prova del dolo che ha un ambito di efficacia non sempre

coincidente con quello dell'art. 1429 c.c.; altra possibile soluzione potrebbe essere quella di ricorrere alla figura della presupposizione, definibile come quell'insieme di circostanze che le parti hanno tenuto presenti al momento della stipulazione del contratto, pur senza farne espresso riferimento nelle clausole contrattuali, quale presupposto determinante ai fini dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale: v. Cass., 9.11.1994, n. 9304; Cass., 11.11.1986, n. 6584, in *Foro it.*, 1987, I, 2177; Cass., 28.8.1993, n. 9125, *ivi*, 1995, I, 1601).

Autorevole opinione, pur prendendo atto del fatto che l'errore di cui al caso di specie non è essenziale in quanto non cade sull'oggetto del contratto (posto che oggetto del contratto di cessione/vendita sono appunto le azioni e null'altro), pone la questione di dover capire se l'errore sul valore o comunque sulla convenienza del contratto in cui il compratore è incorso non possa in sostanza essere configurabile come errore su una qualità del bene, determinante del consenso ex art. 1429, n. 2, c.c. (v. SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 151 ss.: *"Invero, la errata valutazione sulla convenienza del contratto, a sua volta, dipende da un errore sulla qualità: il problema è appunto questo, stabilire se, dato un errore sul valore, l'errata valutazione della convenienza non sfoci in un errore sulla qualità rilevante del bene"*; cfr. anche POTO, *Vizi del consenso, patologia ed impugnativa dei patti di famiglia: cenni sulla conciliazione obbligatoria*, Relazione tenuta al Convegno 13.6.2006 in Torino, che pur rilevando che *"... è chiaro che non ci si possa rivolgere al giudice per porre rimedio ad un cattivo affare"*, precisa che errori in ordine al valore di una azienda, creduto superiore rispetto a quello effettivo, possano essere considerati errori sulla qualità)

L'irrilevanza dell'errore sul valore o sulla cd. convenienza economica dell'affare è stata affermata *tout court* (senza alcun riferimento alla sua eventuale riconducibilità all'errore sulla qualità) anche in diversa fattispecie: v. Cass., 3.4.2003, n. 5139 (in *Foro it.* 2003, I, 3047) *"L'errore sulla valutazione economica della cosa oggetto del contratto non rientra nella nozione di errore di fatto idoneo a giustificare una pronuncia di annullamento del contratto, in quanto il difetto di qualità della cosa deve attenersi solo ai diritti ed obblighi che il contratto in concreto sia idoneo ad attribuire, e non al valore economico del bene oggetto del contratto, che afferisce non all'oggetto del contratto ma alla sfera dei motivi in base ai quali la parte si è determinata a concludere un determinato accordo, non tutelata con lo strumento dell'annullabilità anche perché non è riconosciuta dall'ordinamento tutela rispetto al cattivo uso dell'autonomia contrattuale, e all'errore sulle proprie, personali valutazioni, delle quali ciascuno dei contraenti assume il rischio. (Fattispecie*

*relativa ad una transazione, impugnata successivamente da una delle parti perché il valore dei beni ottenuti a seguito della transazione stessa si era rivelato inferiore rispetto a quello che la parte si attendeva di conseguire)”*.

Alla luce degli orientamenti giurisprudenziali come sopra esposti, è stato sottolineato in dottrina che l'irrilevanza dell'errore sul valore costituisce sostanzialmente una regola e “... può sembrare una regola dura”, ma trova il suo fondamento nel principio di “*tendenziale insindacabilità dell'adeguatezza del corrispettivo*” (ROPPO, *Il contratto*, cit., 791, come pure, potrebbe aggiungersi, nel principio della pacifica irrilevanza dell'errore sui motivi e dunque della errata valutazione soggettiva della parte in ordine all'affare che ha concluso. Precisa tuttavia ROPPO, cit., che un contemperamento è dato da un lato dalla disciplina del dolo, laddove l'errore sulla convenienza dell'affare sia stato indotto dall'inganno della controparte, dall'altro dalla disciplina della responsabilità precontrattuale, nel senso che “... se controparte ha riconosciuto l'errore e ha mancato di avvertire l'errante, questa sua condotta può (almeno in casi estremi) configurare violazione del dovere di buona fede ex art. 1337”).

Tuttavia, l'esigenza di tutela esistente in alcune peculiari ipotesi di errore sul valore è stata risolta da alcune decisioni, che hanno ricondotto la fattispecie all'ipotesi del dolo (anche eventualmente del terzo, se noto alla controparte che se ne è ingiustamente avvantaggiata), oppure sono pervenute a configurare la possibilità della risoluzione per *aliud pro alio*, ovvero ancora hanno qualificato la fattispecie in riferimento alla figura dell'errore su qualità della cosa determinanti del consenso.

Sotto il primo profilo v. per es. App. Milano, 3.9.1999 (in *Giur.milanese*, 2000,178): “*Il contratto di compravendita di un esercizio pubblico è annullabile per dolo del venditore, ai sensi dell'art. 1439 c.c., qualora durante le trattative questi, al fine di ottenere il consenso dell'acquirente, gli abbia assicurato un certo avviamento, in realtà inesistente, quantificato in un ben definito ricavo giornaliero*”, nonché, per il caso di bilanci falsi predisposti in modo tale da far risultare una situazione patrimoniale della società difforme da quella reale, cfr. Cass., 29.8.1991, n. 9227 (in *Vita not.*, 1993, 330; in *Foro it.*, 1992, I, 767): “*Il dolo determinante, realizzato attraverso l'esibizione di un documento che rappresenta falsamente la situazione economica di una società non quotata, è causa di annullamento della compravendita delle azioni da questa emesse, benché il "deceptus" abbia trascurato di espletare quell'attività di*

*verifica (nella specie: esame del bilancio regolamentare depositato presso la cancelleria del tribunale) che gli avrebbe consentito di sventare il raggio ai suoi danni”.*

Inoltre, diversamente dalla prevalente giurisprudenza in materia, affronta la questione della vendita di azioni sotto il profilo della risoluzione ex art. 1497 c.c. la ancora recente Cass., 9.9.2004, n. 18181 (in *Giust. civ. Mass.*, 2005): *“Le azioni (e le quote) delle società di capitali costituiscono beni di "secondo grado", in quanto non sono del tutto distinti e separati da quelli compresi nel patrimonio sociale, e sono rappresentative delle posizioni giuridiche spettanti ai soci in ordine alla gestione ed alla utilizzazione di detti beni, funzionalmente destinati all'esercizio dell'attività sociale; pertanto, i beni compresi nel patrimonio della società non possono essere considerati del tutto estranei all'oggetto del contratto di cessione del trasferimento delle azioni o delle quote di una società di capitali, sia se le parti abbiano fatto espresso riferimento agli stessi, mediante la previsione di specifiche garanzie contrattuali, sia se l'affidamento del cessionario debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede. Ne consegue che la differenza tra l'effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale rispetto a quella indicata nel contratto, incidendo sulla solidità economica e sulla produttività della società, quindi sul valore delle azioni o delle quote, può integrare la mancanza delle qualità essenziali della cosa, che rende ammissibile la risoluzione del contratto ex art. 1497 c.c., ovvero, qualora i beni siano assolutamente privi della capacità funzionale a soddisfare i bisogni dell'acquirente, quindi "radicalmente diversi" da quelli pattuiti, l'esperimento di un'ordinaria azione di risoluzione ex art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c. (Nella specie, successivamente alla stipula del contratto di cessione di azioni di una s.p.a., erano state accertate irregolarità fiscali nella gestione della società, con conseguente irrogazione in danno della stessa di sanzioni tributarie di importo elevatissimo, che ne avevano determinato il fallimento; la S.C. in applicazione del succitato principio,*

*ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, che aveva escluso la proponibilità dell'azione di risoluzione per la vendita di "aliud pro alio")".*

In tema di individuazione della paternità di un'opera d'arte, pur negando formale rilevanza autonoma alla categoria dell'errore sul valore, larga parte della giurisprudenza dimostra di fatto di tenerlo in considerazione riconducendolo all'errore sulla qualità: v. Cass., 2.2.1998, n. 985 (In *Contratti*, 1998 ,I, 437, con nota di VOLPE; in *Giust. civ.*, 1999, I, 2487, con nota di FIDOTTI; in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 1093, con nota di CAMPAGNOLO): *“L'errore sul valore della cosa alienata è rilevante ai fini dell'invalidità del contratto quando sia conseguenza di un errore su una qualità essenziale della cosa medesima”* (la decisione si trova ulteriormente massimata in questi termini: *“In tema di vendita di opere d'arte, l'errore di uno o di entrambi i contraenti sull'autenticità dell'opera negoziata e sulla effettiva indennità del relativo autore può dar luogo, ai sensi dell'art. 1428 c.c., alla caducazione del contratto, perché comporta che questo debba intendersi concluso per effetto di una falsa rappresentazione dell'identità e delle qualità essenziali del relativo oggetto, avuta da una o da entrambe le parti al momento della stipulazione dell'accordo”*).

Anche la dottrina ha espresso tale convinzione, sostenendo come si possa *“... tranquillamente ammettere che un errore sulla paternità del quadro (rectius: un errore su quelle risultanze a cui lo stato attuale della critica è in grado di pervenire) è errore sulla qualità; questa, secondo i casi, potrà essere o meno determinante del consenso”* (V. SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 154; sostanziale articolato sviluppo di tale osservazione si trova in ROPPO, *Il contratto*, cit., 789-790, secondo cui costituisce sicuramente errore essenziale quello di colui che, pensando di acquistare il quadro di un maestro, compra invece un quadro *“uscito tutt'al più dalla sua bottega o dalla sua cerchia”* ovvero di colui che, non solo genericamente interessato all'acquisto di un quadro antico, acquisti un anonimo seicentesco di scuola lombarda, pensandolo invece di scuola genovese della cui pittura è collezionista o su cui comunque è concentrato in modo esclusivo (per cui qui l'errore è essenziale, a prescindere dal fatto che le due opere possano avere lo stesso valore). Inoltre colui che intende acquistare il quadro di un determinato pittore, pensa di acquistare un dipinto di un determinato valore, mentre in caso di errore il valore della tela sarà inferiore: dunque *“qui l'errore sul valore è una pura conseguenza dell'errore sulla qualità e solo quest'ultimo rileva”*).

Altre decisioni, infine, hanno affermato lo stretto collegamento tra l'ipotesi dell'errore sulla convenienza economica dell'affare e, ove ne ricorrano i presupposti, la rescissione per lesione *ultra dimidium* ex art. 1447 c.c. : v. Cass., 25.3.1996, n. 2635: *“L'errore sul prezzo della cosa oggetto della compravendita può dare luogo, se ne ricorrono i presupposti, all'azione di rescissione per lesione e non a quella di annullamento del contratto per vizi della volontà, salvo che ridondi in errore su qualità essenziale della cosa, determinante del consenso”* (In *Giur. it.*, 1997, I, 1, 476, con nota di ACCORNERO) e Cass., 24.7.1993, n. 8290 (In *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1227): *“L'errore sul valore della cosa oggetto della compravendita può dar luogo, se ne ricorrono i presupposti, all'azione di rescissione per lesione e non a quella di annullamento del contratto per vizi della volontà”* ed analogamente Trib. Genova, 20.4.1999 (in *Banca borsa tit.cred.*, 2000, II, 451): *“In un contratto di borsa a premio a contante, l'errore sul premio è da considerarsi come errore sul valore, come tale non essenziale e quindi irrilevante ai fini dell'annullamento del contratto, potendo semmai fondare, ove ne ricorrano i presupposti, un'azione di rescissione per lesione”* (in materia di divisione ereditaria, v. Cass., 11.2.1995, n. 1529, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2119, con nota di DI MAURO: *In tema di divisione ereditaria, l'errore riguardante le operazioni divisionali, cioè i beni da dividere, la loro essenza e il loro valore, non costituisce cause di annullamento della divisione, dovendo trovare piena applicazione, in tal caso, la norma speciale dell'art. 761 c.c. che annovera tra le possibili cause di annullamento soltanto la violenza ed il dolo. E infatti l'eventuale pretermissione di cespiti facenti parte del compendio comune e l'errore (non determinato da solo) sull'essenza e sul valore dei beni da dividere trovano il loro specifico rimedio, rispettivamente, nell'art. 762 c.c., che ammette la possibilità di procedere ad un supplemento della divisione, e nel successivo art. 763 che, prevedendo l'azione di rescissione per lesione oltre il quarto, mostra di considerare rilevante l'errore valutativo solo se ed in quanto abbia dato luogo ad una lesione di detta entità”).*

Diverso dall'errore sul valore, non solo intuitivamente ma anche e soprattutto perché specificamente previsto e disciplinato dall'art. 1430 c.c., è l'errore di calcolo, che può dar luogo a (mera) rettifica del contratto (od anche solo alla interpretazione in ordine alla effettiva volontà delle parti) ed è configurabile quando in operazioni aritmetiche, posti come chiari e sicuri i termini da computare ed il criterio matematico da seguire, si commette, per inesperienza o disattenzione, un errore materiale di cifra che si

ripercuote sul risultato finale, rilevabile tuttavia *ictu oculi*, in base a quegli stessi dati e criteri, a seguito della ripetizione corretta del calcolo (V. Cass., 20.3.1995, n. 3228, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 645; per un caso particolare in materia di tabelle millesimali, v. Cass., 12.6.2001, n. 7908, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 1176; in *Foro it.* 2001, I,2491; in *Vita not.* 2001, 804 e 1321: “Ai fini della revisione e modificazione delle tabelle millesimali prevista dall’art 69 disp. att. c.c., è rilevante l’accertamento della natura contrattuale o meno delle stesse, poiché, in caso di tabella cosiddetta “contrattuale”, l’errore non rileva nella sua oggettività ma solo in quanto abbia determinato un vizio del consenso; pertanto, non è esperibile l’azione prevista dall’art. 69 disp. cit., ma solo l’ordinaria azione di annullamento del contratto, previa allegazione di un vizio della volontà”; negli stessi termini, v. Cass., 16.2.2001, n. 2253, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2119; il caso è quello di colui che accetta le tabelle millesimali nella convinzione che fossero conformi al dettato dell’art. 1123 c.c. ed invece scopre solo successivamente una diversa ripartizione delle spese; in precedenza invece Cass., Sez. un., 9.7.1997, n. 6222, in *Giur. it.*, 1998, 904, aveva escluso che l’errore che ex art. 69 disp. att. c.c. integrasse un vizio del consenso, non rilevando il carattere negoziale delle tabelle medesime; stante il contrasto giurisprudenziale non è dunque attualmente chiaro se l’errore in questione debba essere considerato come errore-vizio del consenso ovvero errore tecnico-contabile di chi ha redatto le tabelle).

L’errore di calcolo può tuttavia dare luogo ad un errore sulla quantità (per es. il contratto indica il prezzo complessivo di 120.000 euro per la merce in magazzino ed il compratore crede di aver acquistato 1.000 pezzi al costo unitario di 120 euro, mentre invece il magazzino contiene solo 900 pezzi al costo quindi di oltre 130 euro ciascuno); occorrerà allora che il compratore dimostri che l’errore era determinante del suo consenso ed in tal caso, se oltre che essenziale tale errore era riconoscibile alla controparte, condurrà all’annullabilità del contratto. Se l’errore non era determinante del consenso, si dubita che lo stesso possa essere rettificato in quanto in tale modo il compratore, per il quale la quantità non era determinante del consenso e dunque non essenziale, otterrebbe una tutela maggiormente soddisfattiva di quella di annullamento (V. ROPPO, *cit.*, 800; in giurisprudenza v. Cass., 28.1.1987, n. 835, in *Giust. civ. Mass.*, 1987: *Al fine della rettifica del contratto, quale prevista dall’art. 1430 c.c., si ha errore di calcolo, che non influenza il consenso (e non già un errore in quantitate che viceversa vizia la volontà negoziale) solo quando, definiti in modo chiaro e preciso i termini da computare ed il criterio matematico da seguire, si commette, per inesperienza o per disattenzione, un errore materiale di cifra che si ripercuote sul risultato finale, rilevabile ictu oculi. (Nella specie la Suprema Corte ha cassato la pronuncia del giudice del merito che aveva ravvisato un errore di calcolo, e non già un errore in quantitate, in un’ipotesi di accordo aziendale che riconosceva in parte la pretesa dei lavoratori di vedersi computare determinati scatti di anzianità, ma*

*quantificava erroneamente il credito di un singolo lavoratore)* ; v. inoltre Cass., 9.4.2008, n. 9243, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 551: “*L'errore nella dichiarazione o nella sua trasmissione da parte della persona o dell'ufficio che ne è stato incaricato, regolato dagli art. 1432 e 1433 c.c., deve essere sempre preceduto dall'interpretazione del contratto, perché quando è possibile ricostruire la comune intenzione delle parti, secondo quanto stabilito dagli art. 1362 e 1363 c.c., non è applicabile la disciplina giuridica dell'errore ostativo come vizio del consenso produttivo, in presenza delle condizioni previste dalla legge, dell'annullamento del contratto. Pertanto, quando il regolamento negoziale, così come materialmente redatto, non corri sponda, quanto alle espressioni usate, alla comune ed effettiva volontà delle parti, per erronea formulazione, redazione o trascrizione di elementi di fatto, anche se la discordanza non emerga dalla semplice lettura del testo, si deve ritenere esistente un mero errore materiale, ricostruibile con ogni mezzo di prova, indipendentemente dalla forma propria del contratto cui si riferisce. (Nella fattispecie, nella quale il cliente di un istituto bancario aveva lamentato l'acquisto di titoli mobiliari in misura nettamente inferiore alla quantità indicata nell'ordine compilato dall'addetto dell'istituto bancario, la S.C., confermando la sentenza di secondo grado, ha riconosciuto l'esistenza di un mero errore materiale di compilazione da parte dell'incaricato, in quanto i titoli acquistati corrispondevano alle disponibilità finanziarie del cliente al momento dell'ordine e avevano un controvalore identico alla provvista versata dal cliente qualche giorno dopo l'acquisto)*”.

L'*excursus* giurisprudenziale di cui sopra, peraltro limitato ai casi più significativi, consente sin d'ora di svolgere alcune considerazioni.

Anzitutto, la possibilità che una medesima fattispecie concreta (come si è visto nel caso di errore sul valore) possa assumere rilevanza sotto molteplici profili (in tal senso v. Cons. di Stato, sez. V, 21.11.2008, n. 5926, in *Guida dir.*, 2008, 4, 102, con nota di PONTE: “*L'approvazione di una variante urbanistica che muti la destinazione dell'area in cui si trova il bene immobile di proprietà di un comune e oggetto di gara per la vendita, costituisce elemento sufficiente per giustificare l'esercizio del potere di autotutela del relativo bando, anche prescindendo dall'accertamento dell'effettiva incidenza sul valore economico del bene, in quanto la qualità edificatoria o urbanistica del bene immobile oggetto della vendita rappresenta un aspetto essenziale dell'operazione contrattuale, che potrebbe assumere rilevanza sotto molteplici profili (errore su una qualità essenziale della cosa venduta; presupposizione; vizio redibitorio del bene)*”) comporta, sul piano processuale, non solo la considerazione del diverso regime delle azioni proponibili in termini per es. di prescrizione o decadenza (si pensi al tradizionale rapporto tra azione ex art. 1497 c.c. ed *aliud pro alio*), ma anche la valutazione delle azioni medesime sotto il profilo della *causa petendi* e del *petitum* in rapporto a questioni quali il rapporto tra *mutatio*

ed *emendatio libelli* in primo grado e rispetto al divieto dei *nova* in appello, al principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, alla regola dell'onere della prova ecc.

Giova pertanto ricordare non solo il principio, pressoché pacifico, relativo alla distinzione tra il vizio redibitorio della cosa -che riguarda il processo di produzione e conservazione, il vizio di qualità -che inerisce agli elementi essenziali e sostanziali della merce che ne distinguono una specie da un'altra- e l'*aliud pro alio* -che si presenta quando la cosa appartiene ad un genere differente, ma anche quello per cui qualora la parte deduca un vizio del contratto che ne consenta soltanto l'annullamento, ma chiede tuttavia, di dichiararlo radicalmente nullo, non viola il principio tra il chiesto ed il pronunciato il giudice che si limiti ad annullare l'atto, trattandosi di semplice adeguamento riduttivo della pronuncia al fatto accertato, rispetto alla maggiore estensione della domanda proposta (v. Cass., 12.11.1988, n. 6139, in *Giust. civ. Mass.*, 1988).

Di recente poi Cass., 4.4.2003, n. 5313 (in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4) ha espressamente affermato: *“In tema di contratti, le domande giudiziali di annullamento e di risoluzione possono essere proposte in via alternativa perché, sebbene entrambe aventi ad oggetto lo scioglimento di un vincolo giuridico, sono affidate ad azioni distinte e basate su presupposti diversi, tuttavia non possono essere considerate tra loro incompatibili in base al principio logico di non contraddizione. Ne consegue che la scelta tra l'azione di annullamento e quella di risoluzione di un contratto o anche del loro esercizio alternativo nel processo rientra nel potere discrezionale della parte”*, coerentemente con il più risalente orientamento secondo cui, nel caso di vizi del consenso, l'azione di risarcimento del danno può essere validamente esperita a prescindere dalla proposizione dell'azione di annullamento (v. Cass., 9.2.1980, n. 921, in *Giust. civ. Mass.*, 1980: *“Nel caso di acquisto di un immobile per un prezzo che il compratore abbia accettato nell'erronea convinzione, ingenerata con raggiro, della corrispondenza di esso a quello di mercato, e del possibile ricavo di un reddito rivelatosi irrealizzabile, il danno subito dall'acquirente, il quale agisca per il risarcimento, pur senza chiedere l'annullamento del contratto, va identificato, oltre che nella differenza tra il reddito avuto di mira e quello in realtà realizzato (lucro cessante), anche nella differenza tra il prezzo versato e quello effettivo di mercato (danno emergente), in quanto conseguenza immediata e diretta*

*dell'illecito. Nè quest'ultimo danno viene meno in conseguenza del maggior valore acquistato dall'immobile, per la rivalutazione dovuta al diminuito potere di acquisto della moneta, che non può compensare la perdita verificatasi con il versamento di una somma di denaro superiore a quella corrispondente al valore dell'immobile al tempo della compravendita e perché non può operare la "compensatio lucri cum damno" non traendo l'incremento patrimoniale origine dallo stesso fatto illecito che ha dato luogo al pregiudizio";* più di recente v. Cass., 19.9.2006, n. 20260, in *Guida dir.*, 2006, 39, 52, con nota di PISELLI: *"Il contraente, il cui consenso risulti viziato da dolo, può richiedere il risarcimento del danno conseguente all'illecito della controparte, lesivo della libertà negoziale, sulla base della generalissima previsione in tema di responsabilità aquiliana, ai sensi dell'art. 2043 c.c., anche senza proporre contemporaneamente domanda di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c."*).

In secondo luogo, ed in un'ottica di più ampio respiro, è possibile almeno astrattamente individuare delle figure di vizi del consenso -quali per es. l'errore sul valore che non possa essere pienamente ricondotto all'errore sulle qualità determinanti del consenso e che neppure abbia dato luogo ad una lesione *ultra dimidium* rilevanti sotto il profilo della rescissione, ovvero ancora, in ipotesi, l'errore di diritto che non sia stato ragione unica o determinante del consenso oppure l'errore sulle qualità del bene oggetto della prestazione non determinanti del consenso- che non possono assumere rilevanza diretta sul piano della annullabilità del contratto, ma potrebbero assumerla sul piano della responsabilità precontrattuale, e cioè sul piano della violazione dell'obbligo di buona fede nella formazione del contratto.

Una specifica applicazione del principio di buona fede alla tematica dell'errore già si riscontra, del resto, nella condivisibile tesi dottrinarica secondo cui, premesso che l'errore, oltre che essenziale, deve essere riconoscibile ex art. 1431 c.c., l'errore in concreto riconosciuto dalla controparte, anche se astrattamente non riconoscibile, determina comunque l'annullabilità del contratto, non potendosi ragionare diversamente nei confronti di *"... chi, essendo consapevole del vizio, per definizione non può esibire il proprio affidamento, e, omettendo di avvertire controparte, ha violato il principio di buona fede precontrattuale (art. 1337). Del resto un siffatto atteggiamento della parte si situa ai confini col dolo, nella variante di dolo omissivo o reticenza"* (Così ROPPO, *cit.*, 804; v. già incisivamente SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, *cit.*, 156: *"Il contraente che ha riconosciuto l'errore non merita tutela [non essendo configurabile un suo affidamento da tutelare: n.d.r.]"*; diversa e maggiormente problematica questione è poi quella di stabilire in concreto quando

l'errore possa dirsi riconoscibile o riconosciuto dalla controparte, con ricadute sulla portata e sull'estensione dell'onere della prova gravante sulla parte, in riferimento alla possibilità o meno dell'utilizzo della prova presuntiva).

### Il dolo.

Le questioni maggiormente dibattute nell'ambito della definizione del dolo cd. determinante o *causam dans* ex art. 1439 c.c. (Sulla differenza tra dolo ed errore, v. Cass., 19.6.2008, n. 16663, in *Giust. civ.*, 2008, 6663: *“La differenza ontologica esistente tra la figura dell'errore, in cui la falsa rappresentazione della realtà che inficia il processo di formazione della volontà è endogena alla volontà stessa, e quella del dolo, in cui essa è esogena, in quanto riconducibile alla condotta dell'altro contraente, non impedisce la coeva deduzione di entrambi i vizi a sostegno della domanda di annullamento del contratto, ma impone l'adozione di distinte modalità nella disamina delle emergenze probatorie acquisite, nel senso che mentre nel caso dell'errore l'accertamento deve essere condotto con riferimento alla condotta della parte che ne è vittima, verificando se il vizio abbia inciso sul processo formativo della sua volontà, da dando origine ad una falsa rappresentazione che l'ha indotta a concludere il contratto, nel caso del dolo occorre accertare la condotta tenuta dal deceptor e le conseguenze da essa prodotte sul deceptus, verificando se la condotta commissiva o omissiva del primo abbia procurato la falsa rappresentazione della realtà che ha determinato il secondo alla contrattazione, inducendo nel processo formativo della sua volontà un errore avente carattere essenziale, ferma restando la possibilità per il deceptor di provare che la controparte era a conoscenza di fatti addebitati alla sua condotta maliziosa o che avrebbe potuto conoscerli usando la normale diligenza”*; sulla diversità del meccanismo di falsa rappresentazione della realtà nell'errore e nel dolo Cass., 11.11.2005, n. 22900, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005 fonda la specifica considerazione per cui *“... la domanda di annullamento di un contratto fondata sulla contestuale allegazione dei vizi di errore, dolo e violenza, si rende inammissibile, stante l'inconciliabilità dei rispettivi elementi costitutivi ...”* ed analogamente App. Bari, 20.2.2007, in [www.Giurisprudenzabarese.it](http://www.Giurisprudenzabarese.it) : *“In materia di vizi del consenso, è inconciliabile la prospettazione con cui si deduce un errore rispetto a quella che si riferisce al dolo contrattuale; è inammissibile, infatti, una domanda che propone in modo indifferenziato i diversi vizi del consenso "sull'osservazione che la domanda di annullamento di un contratto fondata sulla contestuale allegazione dei vizi di errore, dolo e violenza, si rende inammissibile stante l'inconciliabilità dei rispettivi elementi costitutivi, perché la falsa rappresentazione della realtà che ha indotto la parte nell'errore alla conclusione del contratto è endogena, mentre nel caso di dolo è esogena; con la conclusione che la domanda risulta formulata sulla deduzione di "causa petendi" tra loro incompatibili che si escludono a vicenda”*. Per la precisazione per cui il dolo è causa di annullamento anche se l'inganno determina nella parte un errore non essenziale, v. ROPPO, *cit.*, 812; *contra* Cass., 25.5.2006, n. 12424, in *Giust. civ.*, 2007, n. 1446, secondo cui sussiste dolo quando i raggiri usati siano stati tali da

ingenerare nel *deceptus* un errore essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c.; analogamente GALGANO, *op. cit.*, 300-301; v. anche GENTILI, voce "*Dolo (dir. civ.)*", in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989) sono quelle:

a) relative alla sua consistenza oggettiva; b) relative all'elemento soggettivo che lo connota.

Sotto il profilo sub a) è possibile rilevare come, sulla scorta della riflessione dottrinale, la giurisprudenza sia pervenuta a ricomprendere nella nozione di dolo non solo atteggiamenti positivi/commissivi (raggiri, artifici, menzogne), ma anche comportamenti omissivi, quali il silenzio o la reticenza (Cfr. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972; ulteriori indicazioni bibliografiche in GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazione del contratto*, *cit.*, 243 e nota 18).

Ebbene, premesso che si deve condividere la tesi secondo cui non ricorre dolo omissivo quando la parte, accortasi dell'errore essenziale in cui versa controparte, non glielo segnala, poiché in tal caso siamo nel campo dell'errore essenziale e riconoscibile o concretamente riconosciuto, di cui si è parlato più sopra, la tendenza della dottrina è quella di configurare il silenzio e la reticenza rilevanti ex art. 1439 c.c. in termini di violazione di un dovere di informare ovvero in termini di omissione di informazioni che la parte doveva obbligatoriamente fornire alla sua controparte, e ciò alla luce, da un lato, della crescente valorizzazione del principio di buona fede precontrattuale e, dall'altro, del proliferare di normativa speciale volta ad imporre ad un contraente obblighi di informazione veritiera e trasparente nei confronti dell'altro contraente (V. ROPPO, *cit.*, 816).

In secondo luogo, poi, deve essere rilevato come consolidata massima giurisprudenziale richieda che il comportamento positivo -in particolare se estrinsecantesi nella menzogna- o l'omissione dolosa - intesa come silenzio o reticenza- si inseriscano in una condotta ed in un contesto complessivo di artifici o macchinazioni, sebbene in alcune pronunce venga affermata la rilevanza anche del semplice mendacio (come pure, specularmente, viene affermato che "*Il dolo, per essere causa di annullamento del contratto deve essere idoneo "ad decipiendum alterum" in rapporto alla normale diligenza e al normale buon senso di cui la controparte deve essere fornita perché ne sia tutelabile l'annullamento, in quanto la buona fede riceve protezione solo se non sia costituita da negligenza o ignoranza"*: Trib. Bologna, 17.3.2003, in *Foro pad.*, 2003, I, 127).

Pare utile quindi riportare alcune massime, quali, per es.

Cass., Sez. un., 11.3.1996, n. 1955 (in *Giust. civ.*, 1996, I, 1, 1284): “... il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati siano stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe prestato il proprio consenso per la conclusione del contratto, ossia quando, determinando la volontà del contraente, abbiano ingenerato nel deceptus una rappresentazione alterata della realtà, provocando nel suo meccanismo volitivo un errore da considerarsi essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c.. Ne consegue che a produrre l'annullamento del contratto non è sufficiente una qualunque influenza psicologica sull'altro contraente, ma sono necessari artifici o raggiri, o anche semplici menzogne che abbiano avuto, comunque, un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte e, quindi, sul consenso di quest'ultima” (v. analogamente Cass., 27.10.2004, n. 20782, in *Giust. civ. Mass.*, 2005);

Cass., 28.10.1993, n. 10718 (in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1528): “Il dolo che vizia la volontà e causa l'annullamento del contratto può consistere nel mendacio, purchè, valutato in relazione alle circostanze di fatto ed alle qualità e condizioni dell'altra parte, sia accompagnato da una condotta maliziosa ed astuta capace di realizzare l'inganno voluto ed a sorprendere la buona fede di una persona di normale diligenza e buon senso, posto che l'affidamento non può ricevere tutela giuridica se è fondato sulla negligenza (nella specie, con la sentenza cassata, il giudice di merito aveva identificato il dolo nel mendacio del venditore circa il valore di azioni vendute, senza alcun accertamento della condotta posta in essere dal venditore per rendere credibili le sue affermazioni”;

Cass., 27.10.2004, n. 20792 (in *Giust. civ. mass.*, 2005): “In tema di dolo quale causa di annullamento del contratto, sia nella ipotesi di dolo commissivo che in quella di dolo omissivo, gli artifici o i raggiri, la reticenza o il silenzio devono essere valutati in relazione alle particolari circostanze di fatto ed alle qualità e condizioni soggettive dell'altra parte, onde stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di normale diligenza, giacché l'affidamento non può ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza”.

Per una ipotesi particolare v. Cass., 26.1.1995, n. 975 (in *Giust. civ.*, 1995, I, 662 ed in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1840 con nota di CHINÈ): “*Con riguardo a contratto di abbonamento alla stagione di una squadra di calcio, che si assuma viziata da false affermazioni del presidente della società calcistica circa la presenza nella squadra stessa di un giocatore in effetti già ceduto, l'azione di annullamento da parte dell'abbonato per dolo non trova ostacolo nell'inerenza del corrispondente errore ai motivi, anziché alla causa del contratto medesimo, sempre che tale errore risulti determinativo del consenso*”.

V. infine App. Firenze, 17.9.1986 (in *Arch. civ.*, 1987, 286): “*L'art. 1439 c.c. prevede l'ipotesi che "dolus causam dans" cioè quello senza il quale il contraente non si sarebbe indotto alla conclusione del negozio e si realizza quando il raggiro o l'inganno od anche la sola menzogna hanno agito come causa decisiva e determinante della volontà contrattuale, sicché senza il suo concorso il contraente, che ne è rimasto vittima, o non avrebbe stipulato il contratto o lo avrebbe concluso a condizioni diverse*”.

Relativamente al dolo omissivo, v.

Cass., 20.4.2006, n. 9253 (in *Giust. civ.*, 2007, 6, 1454): “*Il dolo omissivo, pur potendo viziare la volontà, è causa di annullamento, ai sensi dell'art. 1439 c.c., solo quando l'inerzia della parte si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito, determinando l'errore del deceptus. Pertanto il semplice silenzio, anche in ordine a situazioni di interesse della controparte, e la reticenza, non imputando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituiscono di per sé causa invalidante del contratto (nella specie è stato escluso che potesse integrare il dolo omissivo in ordine alle effettive condizioni dell'immobile compravenduto la circostanza che l'alienante avesse taciuto all'acquirente la pendenza, al riguardo, di un'azione di danno temuto proposta da terzi*”;

Cass., 19.9.2006, n. 20260 (in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 1, 75): “*La reticenza o il silenzio possono integrare il dolo omissivo, ma solo qualora il comportamento passivo si inserisca in una condotta che si configuri, in rapporto alle circostanze ed al complesso del contegno che determina l’errore del deceptus, quale malizia o astuzia volta a realizzare l’inganno perseguito*”; fattispecie in cui il cliente che al momento della conclusione del contratto di concessione del credito omette di informare la banca dell’avvenuta dichiarazione di fallimento del proprio coniuge, anch’egli beneficiario, incorre in responsabilità da atto illecito ed è tenuto a risarcire alla banca il danno (derivante dalla conclusione di un contratto che altrimenti l’istituto di credito non avrebbe stipulato) quand’anche quest’ultima non abbia domandato l’annullamento del contratto per dolo;

Cass., 7.8.2002 (in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1499): “*Gli studi professionali in genere, ed in particolare quelli in cui venga esercitata l’attività medica (nella specie, odontoiatrica), possono anche essere organizzati sotto forma di azienda cd. professionale tutte le volte in cui, al profilo personale dell’attività svolta, si affianchino un’organizzazione di mezzi e strutture diagnostico - terapeutiche, un numero di titolari e di dipendenti, un’ampiezza dei locali adibiti all’attività medica tali che il fattore organizzativo e l’entità dei mezzi impiegati sovrasti l’attività professionale del (dei) titolare (i), o quantomeno si ponga, rispetto ad essa, come entità giuridica dotata di una propria autonomia strutturale e funzionale che, seppur non separata dall’attività dei titolari, assuma una rilevanza economica tale da essere suscettibile di una propria valutazione e divenire, per sè stessa, oggetto di possibile contrattazione in base al combinato disposto di cui agli art. 2238, 2082, 2112, 2555 c.c.*”; nell’affermare il principio di diritto che precede, la S.C., qualificata la cessione di uno studio dentistico come contratto di cessione di azienda, specie con riferimento agli adempimenti, convenuti "inter partes", di cui all’art. 36 della legge n. 392 del 1978, ha poi confermato l’annullamento per dolo del contratto di cessione pronunciata dal giudice di merito per aver taciuto i cedenti una serie di fatti e circostanze decisive nella formazione del consenso dei cessionari;

Trib. Milano, 23.12.1996 (in *Contratti*, I, 1998, 275, con nota di MINNECI): “L’omessa comunicazione, da parte del conduttore che stipula con il locatore un patto di buona uscita della avvenuta assegnazione di un immobile dello Iacp, concreta tutt’al più la violazione di un obbligo di informazione di portata generale (fondato dal principio di correttezza e di buona fede di cui agli artt. 1175, 1337 c.c.) con eventuale insorgere di una responsabilità per danni, ma, non refluendo il dolo dal semplice silenzio, non integra una attività positiva ed in definitiva una volontà ingannatoria idonea ad essere sussunta sotto la previsione di cui all’art 1439 c.c.”;

Trib. Salerno, 7.9.2007 (in *Il merito*, 2008, 12 - s.m.): “In tema di annullabilità del contratto, il dolo omissivo costituisce causa di annullamento del contratto solo ove l’inerzia della parte si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l’inganno perseguito, determinando l’errore del *deceptus*. Ne discende che il semplice silenzio e la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l’altro contraente, non costituiscono di per sé causa invalidante del contratto”.

In materia di intermediazione finanziaria, v. Trib. Pinerolo, 14.10.2005 (in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)): “Sebbene sia opinione maggioritaria in giurisprudenza che il mero silenzio non comporti di per sé annullamento del contratto, è altrettanto consolidato l’indirizzo che ritiene integrato il dolo omissivo ove in capo al contraente «reticente» vi sia un obbligo legislativamente stabilito di fornire determinate informazioni; inoltre, essendo la Banca un soggetto altamente qualificato, tale obbligo dovrà essere adempiuto con la diligenza prevista dal II° comma dell’art. 1176 c.c. Ove pertanto il comportamento della Banca abbia assunto le connotazioni del dolo, sia per avere fornito informazioni inesatte, sia per avere taciuto informazioni che se fornite avrebbero indotto i clienti a maggior cautela, il contratto dovrà essere annullato per vizio del consenso”.

Per un peculiare caso di specie v. Trib. Parma, 14.7.2003 (in *Contratti*, I, 2004, 503, nonché in [www.Confconsumatori](http://www.Confconsumatori) con nota di FRANCHI): “E’ annullabile per dolo ex art. 1439 c.c.

*il contratto di vendita di una quota di multiproprietà stipulato dall'acquirente per timore –in lui falsamente ingenerato dall'emissario del venditore- di incorrere in una gravissima penale nel caso di esercizio del diritto di recesso pur previsto nella proposta da lui compratore sottoscritta in posizione di proponente, su modulo predisposto da controparte”*; nel caso di specie non solo la normativa applicabile -e cioè l'art. 5 del d.lgs. 427/1998- escludeva il pagamento di qualsivoglia penale per la parte che intendesse recedere, donde il mendacio degli incaricati della società venditrice sul punto, ma, inoltre, il consumatore era stato invitato a mettersi in contatto con la società venditrice con il pretesto (celante invece la promozione della vendita di una multiproprietà in Kenya) di essere stato prescelto con la moglie per fruire di una vacanza gratuita di una settimana, apparentemente senza alcun tipo di onere o condizione annessa alla fruizione della stessa.

Altrettanto peculiare è Cass., 15.3.2005, n. 5549 (in *D&G - Dir. e giust.* 2005, 16 21 nota GARUFI): *“Il dolo, quale causa di annullamento del contratto, deve consistere in una condotta attiva preordinata a indurre in errore la controparte; il mero silenzio serbato da una delle parti, pertanto, non costituisce causa di annullamento del contratto, a nulla rilevando che l'altra parte si sia indotta alla stipula sulla base di una fallace convinzione”*; nella specie, la Suprema corte ha confermato la sentenza di merito con la quale era stata rigettata la domanda di annullamento della donazione fatta da un uomo alla propria nuora, e fondata sul presupposto che quest'ultima gli aveva sottaciuto di avere intenzione di separarsi dal marito.

Per completezza di trattazione va ricordato il diverso orientamento in materia di dichiarazioni inesatte o reticenze dell'assicurato, che non richiede che questi ponga in essere artifici o utilizzi altri mezzi fraudolenti, non essendo applicabile la disciplina generale dell'errore e del dolo, ma la speciale disciplina di cui agli artt. 1892-1893 c.c. (v. per esempio Cass., 19.12.2008, n. 29894, in *Guida dir.*, 2009, 45 - s.m.).

A differenza della giurisprudenza, la dottrina è propensa alla massima valorizzazione del semplice mendacio -dunque a prescindere dal suo inserimento in una condotta improntata ad astuzia e malizia- in termini di dolo commissivo (v. ROPPO, *cit.*, 814;

GALLO, *Buona fede oggettiva*, cit., 249), anche alla luce della recente normativa in materia di pubblicità e di pratiche commerciali ingannevoli (d.lgs. 74/1992 come modificato dal d.lgs. 67/2000 di attuazione della direttiva 84/459/Cee, nonché dal d.lgs. 146/2007 di attuazione della direttiva 2005/29/Ce relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, ora abrogati e trasfusi nel Codice del Consumo agli artt. da 21 a 23; v. anche CASABURI, *Pubblicità e formazione del contratto*, relazione tenuta all'incontro di studi del CSM intitolato "La tutela dei consumatori", tenutosi a Roma il 14-16.1.2005), e tenuto conto che l'art. 2 del Codice del Consumo al punto c) riconosce il diritto dei consumatori "ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità" ed al punto c) bis, inserito dall'art. 2 d.lgs. 221/2007, il diritto "all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà", statuizione questa ancora più rilevante alla luce della riflessione (v. CASABURI, cit.) che, soprattutto nella contrattazione di massa, la pubblicità assolve di frequente ad una funzione di informazione precontrattuale, per cui le regole inerenti ad informazione ed a pubblicità tendono ad uniformarsi intorno al principio di buona fede precontrattuale.

Va infatti ricordato che l'art. 18 del Codice del Consumo definisce "pratica commerciale" tra professionisti e consumatori "qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori" e che l'art. 21 definisce le "Pratiche commerciali ingannevoli" nei seguenti termini: "E' considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o e' idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o piu' dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o e' idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso: a) l'esistenza o la natura del prodotto; b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilita', i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna,

*l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto;*

*c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto;*

*d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo;*

*e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione;*

*f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti;*

*g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice. 2. È altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti: a) una qualsivoglia attività di commercializzazione del prodotto che ingenera confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita; b) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice.*

*3. È considerata scorretta la pratica commerciale che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omette di*

*darne notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza.*

*4. E' considerata, altresì, scorretta la pratica commerciale che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza”.*

Il successivo art. 22 rubricato “*Omissioni ingannevoli*”, stigmatizza quella pratica commerciale, che tenuto conto delle circostanze del caso e dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato “... *omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale ed induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*” ovvero connotata dal comportamento del professionista che “... *occulta e presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1*”; infine l’art. 23, recependo la “lista nera” già contenuta nella direttiva comunitaria individua un lungo elenco (da *a* a *z* e poi ancora da *aa* sino a *bb*) di “*pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli*” (v. sul punto esempi nel sito [www.altroconsumo.it](http://www.altroconsumo.it) : “*La nostra azienda è iscritta al codice europeo delle aziende produttrici di gelati artigianali*”; “*Tutta la nostra frutta è certificata non OGM*” quali esempi di false affermazioni sul possesso di marchi o codici; “*1000 posti disponibili per volare a New York a 5 Euro* (in realtà i voli disponibili sono di numero di gran lunga inferiore) quale esempio di pubblicità falsamente propagandistica; “*Volantino pubblicitario: televisore LCD a 590 Euro !*” (due giorni dopo ci si reca al punto vendita ma viene proposto l’acquisto di un modello diverso ad un prezzo superiore), quale esempio di cd. promozione civetta; “*100 biglietti a 10 euro per Londra se chiami subito il numero ... Offerta disponibile solo fino al ...*” (l’offerta viene poi prorogata di due settimane senza alcuna ulteriore comunicazione al riguardo), quale esempio di falsa dichiarazione di offerte limitate; “*Acquistando le nostre scarpe da basket online potrete usufruire in esclusiva del diritto di recesso entro 10 giorni dalla consegna*” (diritto di recesso previsto dalla legge e non frutto di “gentile concessione” da parte della società venditrice), quale esempio di presentazione fuorviante dei diritti del consumatore; “*Ultimi giorni per approfittare delle nostre offerte: tappeti in saldo con sconti fino all’80%*” (in realtà l’attività prosegue regolarmente dopo la vendita promozionale), quale esempio di false affermazioni circa la cessazione dell’attività; “*Le conviene acquistare questa autovettura da noi, perché di difficile importazione ed altrove dovrebbe attendere più a lungo*” (in realtà il modello di automobile può essere reperito agevolmente anche da altri concessionari), quale esempio di false affermazioni sul mercato; “*Potrà ricevere questo prodotto gratis a casa sua*” (in realtà scoprirà poi che per

ricevere il pacco dovrà pagare un contributo di spedizione pari a 45 Euro), quale esempio di falsa presentazione di prodotti come gratuiti; un esempio di buono d'ordine fuorviante consiste nell'includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento, che lasci intendere, contrariamente al vero, al consumatore di aver già ordinato il prodotto (per es. il buono d'ordine, un bollettino di pagamento scritto in modo tale che sembra che il consumatore abbia già ordinato il prodotto: “*Perfeziono il pagamento di Euro .... a fronte dell'avvenuto ordine di 30 bottiglie di vino xxxx*”); esempio di cd. vendita piramidale è dato dal sistema di vendita di prodotti dietetici, in cui il consumatore paga per l'acquisto di un certo quantitativo di prodotti ed ottiene uno sconto se riesce ad inserire nuovi consumatori nella catena di acquisto dei prodotti in questione).

Le disposizioni di cui sopra hanno recepito la direttiva comunitaria 2005/29/Ce in materia di pratiche commerciali sleali, che ha stabilito i criteri per differenziare pratiche aggressive da pratiche ingannevoli, in particolare stabilendo che una pratica commerciale può ingannare sia tramite un'azione -cioè se contiene informazioni false- sia tramite un'omissione -cioè se non fornisce le informazioni minime o le informazioni di cui il consumatore medio ha bisogno prima di acquistare, quali per es. quelle sulle caratteristiche principali del prodotto, sul prezzo (tasse comprese), sulle spese di consegna, ove necessario, e sul diritto di recesso (sul punto v. indicativamente ma non certo esaustivamente PONCIBO', *La nozione di consumatore medio*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contr. impr.*, 2008, 700, ss., nonché le sentenze della Corte di Giustizia 6.7.1995, in causa C-470/03, caso *Mars*, e 13.1.2000, in causa C-220/98, caso *Estée Lauder*; Corte giust. Ce, 16 luglio 1998, in causa C-210/96, in *Racc.*, 1998, I-4657, caso *Gut Springenheide*).

Pertanto la normativa di recepimento della direttiva mira a reprimere quelle pratiche commerciali, anche pubblicitarie: a) caratterizzate da contenuto ingannevole, cioè falso o anche solo ambiguo, tale da suggerire qualcosa che non è detto esplicitamente o da occultare la parzialità di informazioni pur veritiere ovvero che omettono dati rilevanti per la corretta formazione della volontà d'acquisto; b) caratterizzate da modalità di presentazione ingannevoli; c) caratterizzate da comportamenti o da circostanze specifiche, sempre connotate da falsità, analiticamente individuate all'art. 23 cit.

Ebbene, al di là di quanto previsto dall'art. 27 Codice del Consumo in ordine alla tutela amministrativa (avanti alla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)

e giurisdizionale avanti al giudice ordinario ex art. 2598 c.c. nonché, per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d'autore, protetto dalla l. 22.4.1941, n. 633 e succ. mod., e dei marchi di impresa protetto a norma del d.lgs. 10.2.2005, n. 30, nonché delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti, ci si deve chiedere se rispetto alla pubblicità ingannevole (che in sostanza comporta una difformità tra contenuto negoziale e contenuto promozionale) sia possibile trovare rimedio anche sul piano dell'ordinaria disciplina civilistica in riferimento ai vizi del consenso.

A parere di chi scrive la risposta può essere positiva, sia nel senso di affiancare alla tutela del consumatore delineata dal Codice del Consumo anche la tutela civilistica di annullamento (v. infatti espressamente l'art. 38 del Codice del Consumo: *“Per quanto non previsto dal presente codice, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile”*), sia nel senso di continuare a ricorrere a tale tutela ex art. 1427 e ss. c.c. (anzitutto per dolo, ma eventualmente anche per errore) in riferimento a contratti che sfuggono alla applicazione della disciplina consumieristica.

Già risalente giurisprudenza, del resto, aveva fatto ricorso alla tutela di annullamento riscontrando vizi del consenso in ipotesi che attualmente ben possono essere ricondotte alle sopra citate pratiche commerciali ingannevoli: v. Pret. Bologna, 8.4.1997 (in *Foro it.*, 1997, I, 3064), che, in un'ipotesi di dazione in omaggio di alcuni volumi di un'enciclopedia, cui però seguiva automaticamente la vendita dei successivi aggiornamenti dell'opera, ritenuta dall'AGC operazione promozionale ingannevole, ha statuito: *“la decisione con cui l'autorità garante della concorrenza abbia giudicato ingannevole la compagna pubblicitaria di un professionista, costituisce elemento indiziario idoneo a far presumere l'induzione in errore del consumatore, ai fini dell'annullamento del contratto stipulato a seguito di campagna pubblicitaria”*, sanzionando così la pubblicità ingannevole sotto il profilo dell'errore essenziale e riconoscibile.

Più di recente, invece, la pubblicità ingannevole è stata configurata come causa di risoluzione di un contratto, nel caso di specie qualificato come contratto innominato di spettacolo, con condanna alla restituzione del prezzo del biglietto: v. GdP Avellino, 4.2.2005 (In *Corriere del merito*, 2005, 755), che, in riferimento all'ipotesi di un avventore che era stato indotto ad andare in discoteca per un depliant che prometteva in omaggio una t-shirt con il logo della discoteca stessa, omaggio poi non consegnato, ha evidenziato l'attrazione "*... che detto capo aveva esercitato sull'aderente alla serata ... sicchè in assenza della promessa della distribuzione dell'oggetto dei desideri appare verosimile che l'adesione a quella serata poteva anche non verificarsi ... la promessa non onorata della distribuzione di una maglietta, dalla firma di grido, ha orientato il comportamento dell'attore nella scelta di quel locale ...*").

E' stato inoltre sostenuto che in molteplici fattispecie possa essere ravvisata l'ipotesi di dolo del terzo ex art. 1439 c.c., posto appunto che nella maggior parte dei casi l'autore della pubblicità è soggetto terzo rispetto alle parti contraenti (talora, tuttavia, il messaggio promozionale può essere ricondotto allo stesso venditore, come nel caso delle teleaste o delle televendite) e che, laddove non sia configurabile il dolo e non si sia addivenuti alla stipulazione del contratto a seguito del messaggio pubblicitario decettivo, potrebbe essere configurata l'estensione al terzo della responsabilità precontrattuale (CASABURI, *cit.*).

Ulteriore passo in avanti, allora, sulla scorta della teoria dei cd. vizi incompleti, potrebbe essere addirittura quello di estendere al terzo la responsabilità precontrattuale, sempre che non sia configurabile il dolo, anche quando la vittima della pubblicità ingannevole abbia sì stipulato il contratto, ma a condizioni diverse o meno convenienti di quelle che si aspettava o che gli erano state prospettate.

La possibilità di continuare a ricorrere alla tutela di annullamento per vizi del consenso a prescindere dalla speciale tutela del consumatore non può tuttavia, ad avviso di chi scrive, non tenere conto della *ratio* ispiratrice di tale specifica normativa di settore (nonostante secondo molteplici opinioni la normativa a tutela dei consumatori non potrebbe

essere estesa ad altre ipotesi di squilibrio contrattuale o di cd. contratti asimmetrici: v. GABRIELLI-ORESTANO, voce *cit.*, 240-241 ed ulteriori riferimenti bibliografici nelle note 92-93 e 99-101).

Un primo effetto di tale presa d'atto, in materia di dolo, non può che essere il ridimensionamento della figura del *dolus bonus*, consistente nelle esagerate vanterie della qualità del proprio bene o della propria abilità professionale che a volte accompagnano l'offerta di un bene o di una prestazione; sul punto v. Cass., 1.4.1996, n. 3001 (in *Vita not.*, 1996, 848): *“Le dichiarazioni precontrattuali con le quali una parte cerchi di rappresentare la realtà nel modo più favorevole ai propri interessi (nella specie riguardanti l'affidamento che una impresa riscuote sul mercato) non integrano gli estremi del dolus malus quando, nel contesto dato, non sia ragionevole supporre che l'altra parte possa aver attribuito a quelle dichiarazioni un peso particolare, considerato il modesto livello di attendibilità che, in una determinata situazione di tempo, di luogo e di persone, è da presumere che possa essere riconosciuta a certe affermazioni consuete negli schemi dialettici di una trattativa (sempre che ad esse non si accompagni la predisposizione di ulteriori artifici o raggiri, idonei a travisare la realtà cui quelle affermazioni si riferiscono”*; v. invece Cass., 27.3.2001, n. 4441 (in *Giur. it.*, 2002, I, 728, con nota di FOGLIATI): *“Non costituisce dolus bonus, ma integra gli estremi di una truffa contrattuale il comportamento del mediatore immobiliare che, avendo preso contatto con una parte, prospetta falsamente la pronta vendita dell'immobile di cui costei è proprietaria, e la trae in errore al fine di indurla a stipulare”*.

In dottrina (v. CASABURI, *cit.*) è stato posto in luce come la tradizionale identificazione del *dolus bonus* con le dichiarazioni cd. iperboliche deve essere subordinata ad un giudizio di idoneità della iperbole ad essere effettivamente ed immediatamente percepibile come tale o meno; per es. non sono state ritenute iperboliche promesse, bensì affermazioni circostanziate (pertanto non qualificabili in termini di *dolus bonus*) le seguenti: *“La prima percentuale di successi in Italia* (riferita ad agenzia matrimoniale) ... *Dire addio alla forfora dopo 7 giorni* (riferito ad uno shampoo) ... *Cellulite KO* (riferito ad un collant a compressione graduata)”

Venendo ora ad esaminare il profilo sub b) indicato all'inizio di questo paragrafo, va rilevato che sotto il profilo soggettivo il dolo continua ad essere concepito come inganno o raggiro di natura intenzionale (La giurisprudenza espressamente identifica il raggiro civile con la truffa ex art. 640 c.p. e la conseguenza è che il contratto concluso per effetto di truffa di uno dei due contraenti a danno dell'altro è annullabile ex art. 1439 c.c. e non nullo: v. Cass., 26.5.2008, n. 13566, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 810; v. Cass., 10.12.1986, n. 7732, in *Foro it.* 1987, I, 1119 ed in *Nuova giur. civ. commentata* 1987, I, 269: *"Il contratto concluso per effetto di truffa di uno dei contraenti ai danni dell'altro è annullabile per dolo; pertanto, il successivo acquirente di buona fede a titolo oneroso fa salvo il proprio acquisto, senza che a lui sia opponibile la disciplina degli acquisti e non domino"* (nella specie, è stata cassata la sentenza d'appello che, avendo ritenuto nullo per contrarietà a norme imperative l'acquisto di alcune serie di francobolli viziato da truffa, aveva qualificato il trasferimento successivo al terzo come acquisto a "non domino" di un'universalità di mobili cui non è applicabile la norma dell'art. 1153 c.c.); Cass., Sez. un., 4.7.1981, n. 4383, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1, 2515), laddove parte della dottrina propende per la configurabilità anche dell'ipotesi di inganno colposo (v. SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit.; v. GALLO, *Buona fede oggettiva*, cit., 249, secondo cui tale soluzione, attualmente isolata, *"indubbiamente è sintomatica della tendenziale espansione dei profili di rilevanza del dolo raggiro, ovviamente in conformità al principio di buona fede"*; cfr. inoltre ROPPO, cit., 818, secondo cui, anche in forza del disposto dell'art. 1892 c.c., che individua come rilevanti le reticenze dell'assicurato non solo dipendenti da dolo ma anche da colpa, il far discendere l'annullamento del negozio da un inganno anche solo colposo può essere compatibile con il sistema; l'Autore propende tuttavia per una interpretazione restrittiva, ricordando come per altra dottrina a fronte dell'inganno colposo sarebbe sufficiente il risarcimento del danno, e fa l'esempio dell' *"... operatore professionale che discetta con il cliente degli impieghi che questi potrà fare del bene acquistato e, senza volontà di ingannare ma per presunzione e faciloneria, si lascia andare ad affermazioni fuorvianti"*, ipotesi questa che potrebbe adattarsi per es. alle note controversie tra investitore ed intermediario finanziario in materia di bond Argentina, Cirio, Parmalat ecc.).

### Il dolo incidente.

Il collegamento, a livello sistematico, tra vizi incompleti e buona fede è chiaramente posto in luce dalla giurisprudenza in tema di dolo incidente ex art. 1440 c.c., secondo cui appunto: *"Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni"*.

Si veda per es.:

*“La violazione dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e della formazione del contratto, stabilito dall’art. 1137 c.c., assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stato stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche, quale dolo incidente (art. 1440 c.c.), se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; in siffatta ipotesi, il risarcimento del danno deve essere commisurato al “minor vantaggio” ovvero al “maggior aggravio economico” prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell’obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l’esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto”* (v. Cass., 29.9.2005, n. 19024, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 7/8; Trib. Firenze, 18.10.2005, in *Cd Juris Data*, Redazione Giuffrè 2006).

Altre decisioni enfatizzano la riconducibilità della fattispecie ex art. 1440 c.c. alla clausola generale di cui all’art. 1337 c.c.: *“La fattispecie di cui all’art. 1440 c.c. si colloca nel più ampio genus delineato dall’art. 1337 c.c. (responsabilità precontrattuale)”* (App. Venezia, 31.5.2001, in *Corr. giur.*, 2001, 1199, con osservazione di DALLA MASSARA); *“La norma dell’art. 1440 c.c. costituisce applicazione del principio generale di buona fede contenuto nell’art. 1337 c.c. (responsabilità precontrattuale), che impone alla parte un dovere di correttezza nel corso della formazione del contratto”* (Cass., 29.3.1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, 1192, con nota di DALLA MASSARA ed in *Giust. civ.*, 2000, I, 3303; la decisione, attribuendo rilevanza al dolo omissivo incidente, si riferisce al caso in cui il venditore aveva omesso di informare l’acquirente della sussistenza di un giudizio petitorio sul fondo oggetto di compravendita e precisa che il danno risarcibile nell’ipotesi di dolo incidente ex art. 1440 c.c. non si esaurisce nelle diverse condizioni alle quali l’accordo viene concluso, bensì si estende alla totalità dei danni, valutati nel loro complesso, che risultino collegati da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto; in applicazione di tale principio si è ritenuto che il venditore dovesse rispondere anche dei danni derivanti dalla sospensione dei pagamenti da parte di terzi successivi acquirenti e dalla dazione di garanzie in loro favore; negli stessi termini in punto individuazione del *quantum* risarcitorio, v. anche Cass., 14.10.1991, n. 10799, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 190; sempre sul nesso tra responsabilità ex art. 1337 c.c. e dolo incidente, v. Cass., 29.9.2005, n. 19024, in *Giust. civ.*, 2006, 1526).

La qualificazione della fattispecie in riferimento al dolo incidente comporta quindi, sul piano dei rimedi, la responsabilità per danni del contraente in mala fede ed il relativo risarcimento dovrà ricomprendere, come si evince anche dalla giurisprudenza appena citata, tutte le utilità perse dalla vittima per aver contrattato alle condizioni suggerite dall'inganno, non potendo quindi essere meramente riferito al parametro dell'interesse negativo (cfr. ROPPO, *cit.*, 821-822), argomentazione questa che la dottrina estende alle ipotesi di tutela risarcitoria conseguente all'accertamento di vizi incompleti (v. *infra* nel testo).

La giurisprudenza dimostra altresì, seppure in riferimento alla espressa previsione contenuta nell'art. 1440 c.c. (ma parte della dottrina sottolinea le possibilità espansive di questa regola), di riconoscere responsabilità precontrattuale e relativo risarcimento dei danni prescindendo dalla circostanza per cui il contratto risulti essere comunque stato stipulato e risulti comunque mantenere la sua validità: *“Il comportamento scorretto di una parte, che abbia determinato un sensibile ritardo nella conclusione del contratto, la quale sarebbe avvenuta in epoca precedente qualora la parte stessa si fosse comportata in buona fede, è fonte di responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c., senza che rilevi in senso contrario l'avvenuto perfezionamento del contratto (il quale è causa d'insussistenza della responsabilità precontrattuale solo nell'ipotesi di responsabilità per recesso dalle trattative)”*: Cass., 16.10.1998, n. 10249 (in *Contratti*, 1999, I, 329, con nota di MUCIO; in *Danno resp.*, 1999, 419, con nota di LAMBO; in *Giust. civ.*, 1999, I, 89; v. anche ANDO', *Ritardo nella stipulazione del contratto e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 597).

Ed ancora: *“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 e 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 della 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”* (nella specie la S.C. ha confermato la sentenza dei giudici di merito per cui costituiva violazione del canone di buona fede di cui agli artt. 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): v. Cass., 8.10.2008, n. 24795 (in *Dir.&Giust.*, 2008; in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 10, 1450).

Di recente, la figura del dolo incidente è stata invocata ed applicata in materia di contratto di viaggio, posto che alcune decisioni del Giudice di Pace hanno sostanzialmente considerato il fenomeno dell'*overbooking* (cioè della vendita un numero di biglietti superiori ai posti disponibili) come raggiro posto in essere dal vettore aereo a danno del passeggero munito di regolare biglietto, conseguentemente riconoscendo a quest'ultimo, in presenza della relativa prova sul punto, il risarcimento del danno (Gdp Cagliari, 23.10.2001, in *Dir. trasporti*, 2002, 981; Id., 25.3.2005, in *Riv. giur. sarda*, 2006, 121; GdP di San Pietro in Vernotico, 4.2.2005, in [www.spv.br.it](http://www.spv.br.it) ).

La suddetta qualificazione consente tra l'altro anche di evitare il rinvio all'art. 418 cod. nav., che prevede per il trasporto aereo termine di prescrizione di soli 6 mesi, per godere del più ampio termine di prescrizione quinquennale.

### La violenza

Come è noto la violenza è disciplinata nel codice civile all'art. 1434 c.c.:

*“La violenza è causa di annullamento del contratto, anche se esercitata da un terzo[122, 265, 482, 526, 624; 610 c.p.]”*

Il successivo art. 1438 c.c. riguarda invece la minaccia di far valere un diritto:

“La minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti [610, 612 c.p.]”

Sebbene si riscontri in alcune decisioni il riferimento alla violenza fisica (cfr. Cass. sez. lav., 19.3.2008, n. 7394, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 443: “*Il contratto può essere annullato ai sensi dell'art. 1434 c.c. qualora la volontà del contraente sia stata alterata dalla coazione, fisica o psichica, proveniente dalla controparte o da un terzo, requisiti che non ricorrono ove la determinazione del lavoratore - e la conseguente rinuncia ad una porzione dei compensi maturati - sia stata provocata da timori meramente interni ovvero da personali valutazioni di convenienza*” ; nella specie, la S.C., nel confermare la sentenza impugnata, avente ad oggetto un complesso rapporto economico relativo al conseguimento di un contributo ministeriale per la costruzione di un pastificio e di altri stabilimenti, ha ritenuto che la decisione del lavoratore di sottoscrivere un atto di rinuncia alle pretese economiche già avanzate, adottata a seguito delle personali preoccupazioni sulla propria situazione economica e sul buon fine dei progetti di costruzione degli opifici, rispondesse a scelte individuali e spontanee), in verità la violenza delineata dal codice civile è la cd. violenza morale o, in altre parole, la minaccia, proveniente dall'esterno, che, ex art. 1435 c.c., deve essere di tal natura da fare impressione ad una persona sensata, facendole temere di esporre sé ed i suoi beni ovvero -ex art. 1436 c.c.- la persona o i beni del proprio coniuge o di un proprio discendente o ascendente ad un male ingiusto e notevole (v. sotto questi profili Cass., 22.7.2004, n. 13644, in *Giust. civ. Mass.*, 2004: “*In tema di violenza morale, perché la minaccia sia idonea ad invalidare il negozio, deve essere specificamente finalizzata ad estorcere il consenso alla conclusione di uno dei contraenti, provenire dal comportamento posto in essere da una delle parti o da un terzo e risultare di natura tale da incidere, con efficienza causale, sul determinismo del soggetto passivo, che in assenza della minaccia non avrebbe concluso il negozio. Ne consegue che non costituisce minaccia invalidante il negozio, ai sensi dell'art. 1434 ss. c.c., la mera rappresentazione interna di un pericolo, ancorché collegata a determinate circostanze oggettivamente esistenti*”; Cass., 10.1.2007, n. 235, in *Giust. civ.*, 2008, 790: “*In materia di annullamento del contratto per vizi della volontà, si verifica l'ipotesi della violenza, invalidante il negozio giuridico qualora uno dei contraenti subisca una minaccia specificamente finalizzata ad estorcere il consenso alla conclusione del contratto, proveniente dal comportamento posto in essere dalla controparte o da un terzo e risultante di natura tale da incidere, con efficienza causale, sul determinismo del soggetto passivo, che in assenza della minaccia non avrebbe concluso il negozio. Ne consegue che non costituisce minaccia invalidante il negozio, ai sensi dell'art. 1434 ss. c.c., la mera rappresentazione interna di un pericolo, ancorché collegata a determinate circostanze oggettivamente esistenti*”; nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva accolto la domanda di annullamento per violenza di una serie di atti intervenuti tra due coniugi in prossimità della separazione personale, con cui la moglie trasferiva al marito la

proprietà di una villa, la comproprietà di una barca e alcune quote di partecipazione societaria, sul presupposto che l'attrice si fosse determinata a compiere gli atti di trasferimento in quanto temeva che il marito, venuto a conoscenza della sua infedeltà coniugale, potesse chiedere la separazione con addebito ed ottenere l'affidamento del figlio minore, in assenza, tuttavia, di obiettivi elementari, dai quali risultasse il comportamento tenuto in concreto dal marito per indurre la moglie a cedergli i beni, estorcendole il consenso al fine di realizzare un vantaggio ingiusto).

L'art. 1435 c.c. precisa inoltre che si debba far riferimento all'età, al sesso ed alla condizione delle persone e l'art. 1437 c.c. stabilisce poi che il mero timore reverenziale, inteso come la soggezione psicologica che il soggetto ha verso altri per l'importanza della loro posizione nell'ambiente familiare, lavorativo e sociale, non è causa di annullamento del contratto (su tale ultimo punto v. per esempio; Cass., 21.6.2000, n. 8430, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1363: *“In tema di violenza morale, quale vizio del consenso invalidante, i requisiti previsti dall'art. 1435 c.c. possono variamente atteggiarsi, a seconda che la coazione si eserciti in modo esplicito, manifesto e diretto, o, viceversa, mediante un comportamento intimidatorio, oggettivamente ingiusto, ed anche ad opera od iniziativa di un terzo. Requisito indefettibile è, tuttavia, che la minaccia sia stata specificamente diretta al fine di estorcere il consenso per il negozio del quale si deduce l'annullabilità e risulti di tale natura da incidere, con efficienza causale concreta, sulla libertà di volizione del soggetto passivo. Conseguentemente, non è di per se sola riconducibile al timore prodotto da violenza altrui la rappresentazione interna di un pericolo di danno, anche se non conseguente ad un processo psicologico puramente interno e connessa, invece, a circostanze esterne, eventualmente riconducibili all'attività di terzi, che possono incidere sulla libertà di autodeterminazione”*; alla stregua del principio enunciato in massima, la S.C. ha confermato la decisione dei giudici di merito che avevano escluso la configurabilità di una ipotesi di violenza morale in una transazione, stipulata dal titolare di una ditta nei cui confronti pendevano numerose istanze di fallimento con le compagnie presso le quali lo stesso aveva assicurato il relativo rischio, in relazione al danno subito in occasione di un incendio verificatosi nel suo magazzino, transazione della quale l'imprenditore aveva chiesto l'annullamento deducendo di essere stato costretto ad accettare l'offerta per lo stato di bisogno, noto alle predette compagnie, nel quale si era venuto a trovare a causa delle ricordate istanze di fallimento; Cass., 13.11.1996, n. 9946, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1518: *“L'incidenza sulla determinazione volitiva della minaccia - che può integrare la violenza morale comportante l'annullabilità di un contratto se sia specificamente diretta al fine di estorcere il consenso ed inoltre, nei casi in cui abbia ad oggetto l'esercizio di un diritto, sia ingiusta perché perseguita un vantaggio esorbitante e iniquo - deve essere valutata, a norma dell'art. 1438 c.c., con riferimento alle condizioni della vittima, e l'apprezzamento del giudice di merito sull'esistenza della minaccia e sulla sua efficacia si risolve in un giudizio di fatto incensurabile in cassazione se motivato in modo sufficiente e non contraddittorio”*; nella specie la S.C. ha confermato la sentenza di merito che, in un caso di induzione di una donna all'alienazione di un immobile di sua proprietà mediante la minaccia di denuncia per truffa del marito che aveva venduto lo stesso immobile

senza precisare di non esserne proprietario, aveva ritenuto esistente l'incidenza causale della minaccia e abnorme il vantaggio conseguito dall'acquirente in danno della donna).

Procedendo sempre ad effettuare accostamenti tra istituti, va inoltre rilevato che, posto che le circostanze esterne minacciose per timore delle quali la parte addiviene alla contrattazione possono assumere varie gradazioni e varie intensità, nel caso di pericolo attuale di un danno grave alla persona o di stato di bisogno viene in gioco il rimedio della rescissione ex artt. 1447-1448 c.c. (V. GALLO, *Buona fede oggettiva*, cit., 256, che sottolinea “l'estrema vicinanza della disciplina della rescissione del contratto con la tematica dei vizi del consenso. A ben vedere anche nel caso in questione siamo in presenza di un vizio del consenso, vale a dire lo stato di bisogno, il quale può peraltro consentire la caducazione del contratto soltanto se qualificato dalla presenza di uno squilibrio oggettivo tra le prestazioni”; in giurisprudenza v. Cass., 29.7.2994, n. 7145, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 1037: “L'azione di annullamento del contratto per violenza (art. 1434 c.c.) e quella di rescissione per lesione (art. 1448 c.c.) presentano diversità sia del petitum che della causa petendi con la conseguenza che, avanzata domanda di rescissione per lesione, la proposizione della domanda di annullamento per violenza è inammissibile in appello per il suo carattere di novità (art. 345 c.p.c.), atteso che il profilo della violenza non può ritenersi compreso nel tema di indagine introdotto dall'azione di rescissione, avente ad oggetto l'approfittamento dello stato di bisogno in cui versò il contraente più debole, per ciò indotto a concludere un negozio lesivo dei propri interessi”), mentre in caso di dipendenza economica della parte, di cui l'altra abusi, soccorre il rimedio della nullità del contratto ai sensi dell'art. 9 l. 192/1998 (che espressamente prevede: “E' vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro confronti, una impresa cliente o fornitrice” e definisce dipendenza economica la situazione “in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi”, da valutare tenendo conto anche della reale possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti; il comportamento abusivo viene poi esemplificato al 2° comma “... nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto”), disposizione questa che per larga parte della dottrina costituisce chiaro esempio di quella legislazione speciale “che contende al codice la disciplina dei contratti” (v. ROPPO, cit., 928, il quale tra l'altro sottolinea la possibile interferenza tra questa disciplina e quella dell'abuso di posizioni dominante vietato dalla legislazione *antitrust* ex artt. 2, lett. d), e) e 3, lett. a), c), d) l. 287/1990; per la dottrina in materia di subfornitura v. ex multis BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000; AA.VV. (LIPARI cur.), *Legge 18 giugno 1998, n. 192. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2000; ALPA-CLARIZIA, *La subfornitura: commento alla legge 18 giugno*

1998 n. 192, Milano, 1999; SUPPA, voce *Subfornitura (contratto di)*, in *Enc.Giur.*, XXX, 2001, 13; LECCESE, *Subfornitura (contratto di)*, in *Digesto comm.*, XV, Torino 1998,239; PARDOLESI e CASO, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1998, 712; CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1998, 243) ed in cui si accentua la propensione ad un maggior controllo sul contenuto del contratto, quale rimedio ad eventuali “asimmetrie” o “squilibri” tra le parti (Giova tra l’altro ricordare la diversità tra la disciplina, invero generale, dettata dal citato art. 9 e quella contenuta nella restante parte della legge 192/1998 in materia di subfornitura, che agli artt. 5 e 6 prevede la nullità di alcune clausole, considerate particolarmente vessatorie per il subfornitore, quali quelle relative allo *jus variandi* o al diritto di recesso del committente ovvero all’addossamento di responsabilità per difetti dei materiali o attrezzi forniti dal committente: la subfornitura consiste infatti in un particolare caso di dipendenza economica, ma l’abuso di dipendenza economica può manifestarsi anche al di fuori di un rapporto di subfornitura).

Inoltre, anche nel caso della violenza quale vizio del consenso, come già si è visto a proposito del dolo, si impone il collegamento con le recenti innovazioni normative in materia di pratiche commerciali sleali, nella forma delle cd. pratiche commerciali “aggressive”.

Infatti, ai sensi dall’art. 24 del Codice del Consumo:

*“E’ considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o e’ idonea a limitare considerevolmente la liberta’ di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o e’ idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*.

Ai sensi del successivo art. 25:

*“Nel determinare se una pratica commerciale comporta, ai fini del presente capo, molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, sono presi in considerazione i seguenti elementi:*

- a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza;*
- b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale;*

- c) *lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravita' tale da alterare la capacita' di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto;*
- d) *qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista;*
- e) *qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata”.*

Ed ai sensi dell'art. 26:

*Sono considerate in ogni caso aggressive le seguenti pratiche commerciali:*

- a) *creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto;*
- b) *effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale;*
- c) *effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi l'articolo 58 e l'articolo 130 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196;*
- d) *imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtu' di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali;*
- e) *salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai*

*bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati;*

*f) esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo quanto previsto dall'articolo 54, comma 2, secondo periodo;*

*g) informare esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista;*

*h) lasciare intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere, compiendo una determinata azione, un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore.*

Alla luce della sopra citata normativa, dunque, che parla di molestie ed indebiti condizionamenti fino a menzionare espressamente il ricorso alla minaccia fisica o verbale, è possibile notare come numerose fattispecie di indebita coartazione del consenso ricevano specifica disciplina in riferimento ai contratti stipulati dai consumatori; il riferimento nell'art. 26, in particolare, all'invio di ripetute e non richieste informazioni commerciali mediante mezzi di comunicazione a distanza, quali soprattutto il telefono o la posta elettronica, allude al cd. *spamming*, fenomeno consistente nell'invio di messaggi non richiesti (*spam*), generalmente pubblicitari, ad un gran numero di indirizzi, prima d'ora affrontato dalla normativa e dalla giurisprudenza di merito maggiormente sotto il profilo della tutela della sfera privata del destinatario di tali messaggi, laddove con la normativa consumistica viene ora ad essere valorizzato lo specifico profilo della tutela dell'integrità della volontà del consumatore nella fase di decisione e di scelta in ordine al prodotto e quindi di formazione e conclusione del contratto (Quanto alla normativa in materia di tutela della riservatezza da cd. messaggi non richiesti, il riferimento è, in ordine cronologico, anzitutto all'art. 10 del d.lgs. 13 maggio 1998, n. 171, recante disposizioni in materia di tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni e nell'attività giornalistica, in attuazione della direttiva 97/66/CE, che stabilisce che l'uso

di un sistema automatizzato di chiamata senza l'intervento di un operatore o del telefax per scopi di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva, è consentito solo con il consenso espresso dell'abbonato. Segue poi l'art. 10 del d.lgs. 185/1999, che prevede che l'impiego da parte di un fornitore del telefono, della posta elettronica, di sistemi automatizzati di chiamata o di fax richiede il consenso preventivo dell'interessato. L'art. 9 del d.lgs. 70/2003, anch'esso riferito alle cd. comunicazioni "non sollecitate", anzitutto richiede l'identificazione chiara ed inequivoca delle comunicazioni commerciali non sollecitate inviate per posta elettronica, in secondo luogo prevede che la comunicazione non sollecitata deve contenere l'indicazione che il destinatario può opporsi in futuro al ricevimento della stessa; viene infine stabilito che grava sul prestatore del servizio l'onere di provare del carattere non sollecitato della comunicazione. Nel Codice della Privacy vengono in rilievo l'art. 123, 3° comma, che in riferimento al trattamento dei dati "*a fini di commercializzazione di servizi di comunicazione elettronica o per la fornitura di servizi a valore aggiunto*" richiede il consenso espresso dell'abbonato o dell'utente, revocabile in ogni momento, e l'art. 130, secondo cui l'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore, del fax, della posta elettronica, di messaggi Sms o Mms, ai fini dell'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato è consentito solo con il consenso dell'interessato. Sempre l'art. 130 stabilisce che il Garante della Privacy, in caso di violazione delle citate disposizioni, possa prescrivere ai prestatori dei servizi di adottare procedure di filtraggio, o misure similari, relativamente alle coordinate di posta elettronica da cui sono state inviate le comunicazioni. In giurisprudenza v. Trib. Latina, 19 giugno 2006, In *Dir. informatica*, 2007, 793, con nota di BRAVO, che ha espressamente stabilito che il fornitore del servizio di telefonia mobile può utilizzare a scopo commerciale il numero dell'utenza (prepagata o "ad abbonamento") solo se l'utente abbia manifestato previamente il proprio consenso (o non abbia formulato opposizione, revocando con ciò il consenso eventualmente prestato) e tale principio non può essere eluso da parte del fornitore che ricorre all'*escamotage* di prospettare i succitati sms, sostanzialmente pubblicitari di servizi collegati con l'uso del telefono cellulare, come "messaggi di servizio"; inoltre, l'utente di telefonia mobile che sia costretto a controllare ripetutamente i messaggi pervenutigli ed a eliminare quelli indesiderati subisce un vero e proprio danno esistenziale, risarcibile in via equitativa dal giudice; v. GdP Napoli, 10.6.2004, in in *Foro it.*, 2004, I, 2908, con nota di DI CIOMMO: "*L'invio di posta elettronica indesiderata costituisce fatto illecito produttivo di responsabilità civile sia per la scorrettezza e l'illiceità del trattamento dei dati personali del titolare dell'indirizzo bersaglio, sia per l'invasione della sfera di riservatezza di quest'ultimo*"; la sentenza ordina inoltre alla parte convenuta, autrice dello *spamming*, la cancellazione e la rimozione dei dati personali dell'attore presenti nella sua banca dati ed utilizzati senza il consenso del medesimo; GdP Napoli, 29 settembre 2005, in *Giudice di Pace*, 2006, 2, 135, con nota di DE ROSA, che perviene a condannare il fornitore del servizio di telefonia, che abbia inviato sms pubblicitari senza il previo consenso dell'utente del telefono cellulare, al risarcimento dei danni patrimoniali e non ai sensi degli artt. 2043 e 2050 c.c. ed ordina inoltre il blocco dei dati personali, in quanto trattati in modo non autorizzato e diverso dal concordato servizio di telefonia, nonché la cessazione di ogni attività lesiva nei confronti

dell'attore; Trib. Prato, 16 ottobre 2001, in *Giur. merito*, 2002, 354, secondo cui “L'attività di "provider" va ricondotta all'appalto di servizi informativi via "internet" ed è disciplinata, nei rapporti tra le parti, in base alla loro autonomia contrattuale integrata secondo la disciplina generale civilistica; è pertanto consentito che - ai sensi delle specifiche pattuizioni tra "provider" e suo utente - questi pretenda che non gli sia trasmessa posta in esubero o proveniente da determinati indirizzi non graditi, così come è consentito che il "provider" - in ossequio ai generali principi ex art. 1175 e 1375 c.c. - eviti di esporre l'utente al c.d. "spamming", ossia all'invio a pioggia di una tale massa di messaggi non richiesti da ingolfare il terminale dell'utente stesso”).

Va notato come le disposizioni del Codice del Consumo in parte possano coincidere con la disciplina codicistica della violenza, laddove per es. operano il riferimento alla minaccia, anche nel senso di minaccia di intraprendere una azione legale manifestamente temeraria o infondata, con conseguente assonanza con il disposto dell'art. 1438 c.c., come interpretato dalla dottrina (Posto infatti che la norma, rubricata “Minaccia di far valere un diritto”, stabilisce: “La minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti”, ci si è chiesti se sia riconducibile ad essa anche l'ipotesi di minaccia di esercitare un diritto inesistente; ebbene, secondo taluni se l'inesistenza del diritto non è palese ed è dubbia, potrebbe essere possibile ravvisare anche in questo caso minaccia rilevante ai fini dell'annullamento del contratto, mentre secondo altri il diritto di agire in giudizio è ineliminabile, salvi i casi di mala fede penalmente e civilmente rilevanti: v. rispettivamente ROPPO, *cit.*, 832; GALLO, voce *Violenza*, in *Dig. Disc.Priv.*, *cit.*, XIX, 735).

Inoltre, essendo rilevante ai fini dell'annullamento solo la minaccia di far valere un diritto diretta a conseguire “vantaggi ingiusti”, tale elemento della fattispecie ex art. 1438 cc. viene identificato nel carattere esorbitante del vantaggio stesso rispetto al contenuto del diritto che viene esercitato e cioè, in ultima analisi, nella sproporzione tra la prestazione che il minacciato addiviene ad eseguire e quella che si conseguirebbe azionando il diritto, con conseguente squilibrio nelle rispettive posizioni delle parti, la cui eliminazione costituisce la *ratio* ispiratrice della normativa a tutela del consumatore.

Per altro verso, le disposizioni in materia di pratiche commerciali aggressive si rivolgono alla tutela del (solo) consumatore (medio) e prevedono fattispecie di maggiore estensione rispetto a quelle codicistiche (si pensi il riferimento espresso alla violenza fisica), tenuto conto che, come già nel caso dell'errore, anche nel caso della

violenza, non qualsiasi minaccia, ma solo quella che abbia i requisiti descritti agli artt. 1435 e ss. è causa di annullamento del contratto.

Qualsivoglia risposta al problema del rapporto tra disciplina codicistica della violenza e disciplina in materia di tutela del consumatore non può dunque prescindere da questi dati, come pure delle sopra enunciate differenze rispetto alla normativa in materia di subfornitura e di abuso di dipendenza economica.

### Errore incidente e violenza incidente

Nel silenzio della giurisprudenza, la prevalente dottrina nega autonomia alle categorie dell'errore e della violenza incidente; incidente sarebbe solo il dolo, come tale espressamente configurato dal già citato art. 1440 c.c., norma speciale e non suscettibile di interpretazione analogica.

Come già si è visto nel caso dell'errore (che potrebbe essere determinante del consenso, ma non essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c., come per es. l'errore sul valore), anche nel caso della violenza possono essere configurate ipotesi in cui sono assenti le caratteristiche richieste dagli artt. 1435 e ss. c.c. (si pensi alla già citata intenzione della Commissione Gandolfo, nell'elaborare il Codice Europeo dei contratti, di riconoscere tutela anche alle ipotesi di timore reverenziale): è allora possibile chiedersi se tali evenienze possano essere fatte confluire, al fine di garantire una qualsivoglia forma di tutela giurisdizionale, nella categoria dei cd. vizi incompleti (salvo non ritenere che, per la diversità di presupposti e di formulazione normativa, le disposizioni in materia di tutela del consumatore o di repressione degli abusi tra imprese ex lege 192/1998 possano già esse stesse costituire valida soluzione sul piano dei rimedi).

Va comunque sottolineato che, mentre in riferimento all'errore (v. anche *supra* nel testo) le teorizzazioni dottrinarie e giurisprudenziali risultano essere piuttosto elaborate, nell'ambito di un contesto che, a seconda delle opinioni degli estensori o degli interpreti in riferimento alla fattispecie concreta, vede talora, ma non sempre, prevalere interpretazioni estensive dei requisiti di essenzialità e riconoscibilità, in relazione alla violenza prevale l'opinione dottrinaria per cui, essendo maggiore la

riprovazione sociale e giuridica della minaccia rispetto all'inganno, la violenza, che in tale minaccia appunto consiste, anche se conduce alla stipulazione di un contratto a condizioni diverse da quelle effettivamente volute, integra anche in questo caso causa di annullamento del contratto (v. ROPPO, *cit.*, 833; GALLO, voce *cit.*)

#### **IV. La valorizzazione dei vizi incompleti sul piano dei rimedi.**

##### *Vizi incompleti, buona fede e giustizia contrattuale.*

Sulla base dell'analisi dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrina dei vizi del consenso è dunque possibile constatare: 1) che nella realtà delle operazioni e degli scambi negoziali esistono ipotesi in cui la volontà di una parte risulta alterata al punto da farle subire condizioni contrattuali (spesso sorprendentemente) diverse da quelle previste e volute (non meramente in rapporto a mere motivazioni soggettive ed interiori, ma in rapporto al bagaglio di informazioni e di esperienze che connotano il "profilo" negoziale della parte medesima e che ne determinano quindi la volontà e le scelte), con conseguente oggettivo squilibrio nei confronti della controparte, la quale è stata a sua volta causa di tale alterazioni della volontà, per aver omesso di segnalare alla parte lesa l'esistenza di elementi e circostanze rilevanti ai fini di una informata, corretta e consapevole decisione di addivenire alla conclusione del contratto ovvero alla conclusione del contratto a determinate condizioni; 2) che tali ipotesi non appaiono, per difetto di taluni requisiti, riconducibili *tout court* alla tradizionale e tipica tripartizione dei vizi del consenso di cui al codice civile; 3) che la astratta configurabilità di tali vizi "incompleti" pone l'interprete e l'operatore del diritto davanti alla questione di una loro valorizzazione o meno, oltre che sul piano teorico e descrittivo, anche e soprattutto sul piano dei rimedi e della tutela giurisdizionale.

Approfondendo ulteriormente la riflessione ci si deve pertanto chiedere se la condotta illecita o sleale di controparte (o, per certa dottrina, financo meramente colposa) debba rimanere priva di sanzione, "*... a meno di non voler ammettere che essa giustifichi l'invalidità del contratto anche quando di scarsissima gravità*" (V. ROPPO-AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno resp.*, 2006, 1, 29 ss. ed in particolare 33).

Ebbene, è in questo contesto che la tradizionale teoria dei vizi del consenso e la teoria dei vizi incompleti si saldano con l'elaborazione dottrina in materia di buona fede e di cd. giustizia contrattuale (Per questa nozione v. in dottrina, *ex multis*, BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998; BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S.

Mazzamuto, Torino, 2002; CAMILLETTI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004; COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impresa*, 1987; D'AMICO, *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I; D'ANGELO, *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, tomo IV, in *Tratt. di dir. priv. Bessone*, Torino, 2004; GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000; ID., *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contr. e Impr.*, 1997; IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998; ID., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1998; MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986; PERLINGIERI, *Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999; RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale dell'autonomia contrattuale*, in *Contratti*, 1999; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.*, III ed., Torino, 2004; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000; VOLPE, *La giustizia contrattuale fra autonomia e mercato*, Napoli, 2004).

Sotto l'influsso del diritto contrattuale europeo (V. per es. i seguenti articoli dei PECL: art. 1:202, secondo cui le parti sono tenute reciprocamente a cooperare per dare esecuzione al contratto; art. 2:301, secondo cui le parti sono tenute a non intraprendere trattative in assenza di una effettiva volontà di concludere il contratto; art. 4:109, secondo cui non è consentito alle parti profittare in maniera gravemente scorretta dell'altrui prodigalità, ignoranza, inesperienza o mancanza dell'accortezza necessaria a contrattare; art. 4:106, "*Informazioni inesatte*", che prevede che la parte che abbia concluso il contratto fidando su informazioni inesatte dell'altra parte ha diritto al risarcimento del danno, anche quando le informazioni non abbiano causato un errore essenziale (e salvo quando la parte che le abbia fornite ritenesse che le informazioni erano esatte); 4:107, "*Dolo*": "*1. La parte che sia stata indotta a concludere il contratto dai raggiri usati dall'altra parte, mediante parole o comportamenti o qualsiasi mancata informazione che invece secondo buona fede e correttezza avrebbe dovuto essere rivelata, può annullare il contratto. 2. I raggiri e la mancata rivelazione costituiscono dolo quando hanno lo scopo di trarre in inganno. 3. Ai fini di stabilire se la buona fede e la correttezza imponevano a una parte la rivelazione di una determinata informazione, deve aversi riguardo a tutte le circostanze, e in particolare: a) alla specifica competenza della parte; b) al costo al quale ha potuto conseguire l'informazione in questione; c) alla capacità dell'altra parte di conseguire da sé l'informazione; d) all'importanza apparente dell'informazione per l'altra parte*") ed in controtendenza rispetto alla regola ex art. 1372 c.c., secondo cui il contratto è legge tra le parti nonché al conseguente principio per cui le parti che si accordino per stipulare un contratto sono esse soltanto arbitre uniche del suo equilibrio (al di fuori dei casi di stipulazione in stato di pericolo o di bisogno e delle ipotesi di vizi della volontà), emerge nell'ordinamento la propensione a controlli sostanziali sulla fase di formazione del contratto e sul contenuto dello stesso allo scopo di neutralizzare o di

prevenire elementi di “ingiustizia” o di “squilibrio” in esso presenti (v. ROPPO, *Il contratto, cit.*, 928).

E' stato infatti affermato che la applicazione concreta del principio di buona fede nelle trattative, anzitutto sotto il profilo della configurazione di obblighi di informazione a carico delle parti nella fase di formazione del contratto, consente di “... prevenire i vizi del consenso, ed in particolar modo l'errore, riducendo quindi le probabilità che possano essere conclusi contratti suscettibili di caducazione”, il tutto mediante “uno sforzo dogmatico finalizzato ad anticipare a livello di responsabilità precontrattuale forme di tutela che in precedenza operavano solo in virtù dell'impugnazione di contratti viziati” (v. GALLO, *La responsabilità precontrattuale, cit.*, 311-312; MUSY, voce “Responsabilità precontrattuale (culpa in contraendo)”, in *Dig. Disc. Priv.*, XVII, Torino, 1999, 401, che a proposito della tesi volta a ravvisare responsabilità precontrattuale anche nell'ipotesi di contratto valido ma connotato da condizioni diverse da quelle che una delle parti sarebbe stata disposta ad accettare se avesse avuto piena consapevolezza della situazione di fatto, conclude: “In tal modo l'errore, il dolo ed il vizio della cosa verrebbero attratti nell'ottica della responsabilità precontrattuale”).

Viene così delineata (v. sempre GALLO come sopra *cit.*), non solo sulla falsariga della legislazione speciale a tutela del consumatore o dell'abuso di dipendenza economica (v. infatti GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 658, secondo cui tali discipline normative, nonostante la loro natura settoriale e speciale, presentano dei tratti comuni, in forza dei quali è possibile attribuire contenuto concreto alla categoria, altrimenti generica, degli obblighi di informazione riconducibili all'art. 1337 c.c.),, ma anche di disposizioni presenti nel codice civile (il riferimento è agli articoli: 798 in tema di responsabilità del donante per vizi della cosa in caso di dolo; 1338 in tema di responsabilità della parte che non comunica all'altra, conoscendo o dovendo conoscerle, cause di invalidità o di inefficacia del contratto; 1398 in tema di responsabilità di colui che ha contrattato senza potere o eccedendo i limiti del potere conferitogli; 1490, 2° comma, in tema di inefficacia del patto di esclusione o limitazione della garanzia per vizi della cosa venduta se il venditore li ha in mala fede taciuti al compratore; 1812, in tema di responsabilità del comodante che, conoscendo i vizi della cosa, non abbia avvertito il comodatario; 1821, in tema di responsabilità del mutuante del danno al mutuatario per vizi della cosa se non prova di averli ignorati senza sua colpa; 1892 c.c., in tema di responsabilità dell'assicurato per dichiarazioni inesatte o reticenti per dolo o colpa grave) una possibile classificazione dei doveri di informazione precontrattuale, sostanzialmente riassumibili:

- a) nel dovere del contraente di dare informazioni su circostanze attinenti la propria persona e la propria situazione economica (v. tuttavia in senso contrario: Cass., 11.10.1994, n. 8295, in *Foro it.*, 1995, I, 1903, con nota di BELLANTUONO: “Dalla disciplina dell'art. 1337 c.c., in tema di trattative e responsabilità precontrattuale, o da determinati obblighi di informazione (art. 1338 e 1982 c.c.) non può desumersi, in coerenza alla regola della correttezza commerciale secondo buona fede, che ogni contraente debba rendere edotta la controparte delle proprie situazioni economiche - salvo che ciò non sia previsto espressamente dal contratto, o non derivi dalla legge, come nei rapporti bancari - ancorché critiche, annullando così l'onere di prudenza che ogni contraente deve pur assumere prima di instaurare un rapporto obbligatorio”; nella fattispecie in esame è stato escluso che il beneficiario di polizza fideiussoria, emessa a garanzia di un contratto di appalto, fosse tenuto a comunicare all'assicurazione informazioni concernenti la situazione patrimoniale dell'appaltatore; più di recente v. Cass., 19.9.2006, n. 20260, in *Resp. Civ. prev.*, 2007, 2108, con nota di CHESSA: “Il cliente che al momento della conclusione di un contratto di concessione di credito omette di informare la banca dell'avvenuta dichiarazione di fallimento del proprio coniuge, anch'egli beneficiario del finanziamento, incorre in responsabilità da atto illecito ed è tenuto a risarcire alla banca il danno (derivante dalla conclusione di un contratto che altrimenti l'istituto di credito non avrebbe stipulato) quand'anche quest'ultima non abbia domandato l'annullamento del contratto per dolo”; Trib. Roma, 5.7.2000, in *Appalti Urb. Edilizia*, 2002, 19: “Incorre in responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1338 c.c. l'impresa mandataria che abbia taciuto all'amministrazione lo stato di fallimento di una delle imprese mandanti, causa in validante la procedura di aggiudicazione e il successivo contratto (nella specie, il tribunale ha affermato la risarcibilità dei danni nei limiti del cd. interesse contrattuale negativo, ovvero dell'interesse che l'amministrazione in buona fede aveva a non procedere all'aggiudicazione poi annullata)”;
- b) nel dovere del contraente di dare informazioni su circostanze, di fatto o di diritto, attinenti alla prestazione contrattuale/alla cosa oggetto della prestazione (v., oltre alla già citata giurisprudenza in materia di errore sulla natura del fondo compravenduto o sulla individuazione della paternità di un'opera d'arte, anche Trib. Torino, 11.4.2000, in *Giur. it.*, 2001, 1445, con nota di DI BRACCIO: “La lettera di patronage a contenuto informativo è fonte di responsabilità ai sensi degli art. 1337 e 1338 c.c. se le informazioni fornite siano false, reticenti, fuorvianti” nonché Trib. Milano, 30.5.1983, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1984, II, 333: “Eccezion fatta per le semplici affermazioni di conoscenza ed approvazione dell'operazione patrocinata, le altre dichiarazioni contenute in una lettera di "patronage" debbono ritenersi rese nell'intento di far sorgere vincoli giuridici tra le parti e sono quindi produttive di effetti giuridicamente vincolanti. L'efficacia giuridica attribuibile alle dichiarazioni di "patronage" consiste, per le dichiarazioni aventi natura di semplici informazioni, nel far sorgere a carico del dichiarante una responsabilità

*extracontrattuale qualora esse non corrispondano a verità; per le dichiarazioni aventi invece natura negoziale e riconducibili in qualche modo ad uno degli istituti tipici del nostro ordinamento, nell'applicabilità del regime di responsabilità (contrattuale) prevista per tale istituto nell'ipotesi di inadempimento”; Trib. Cagliari, 23.10.2001, in Riv. Giur. sarda, 2002, 421, con nota di MANNONI: “La lettera di “patronage” avente un contenuto meramente informativo (lettera c.d. debole) non è fonte di obbligazioni negoziali per lo scrivente, la cui responsabilità può essere accertata esclusivamente in via precontrattuale”; Trib. Firenze, 30.11.1993, in Giust. civ. 1994, I,1405: “L'emissione di una c.d. lettera di “patronage” non comporta, in capo al patron, una obbligazione contrattuale, ma, eventualmente, una responsabilità aquiliana concretantesi nel fatto di chi, con la sua dichiarazione, induce il terzo a contrarre e mantiene poi un comportamento contrario al contenuto della dichiarazione”; sotto il profilo della attribuzione di rilevanza all'errore di diritto, cfr. inoltre Cass., 29.4.1982, n. 2688, in Giust. civ. Mass., 1982: “L'annullabilità del contratto per errore di diritto ricorre quando il consenso di una parte sia determinato da falsa rappresentazione circa l'esistenza, l'applicabilità o la portata di una norma giuridica, imperativa o dispositiva, e tale vizio sia rilevabile dall'altro contraente con l'uso della normale diligenza, mentre l'errore è di fatto quando, ferme restando le suindicate condizioni, cade su una circostanza di fatto. Deve considerarsi errore di fatto, e non di diritto, quello che cade sulla supposta appartenenza di un immobile ad una società anziché ai singoli soci, in presenza di una clausola con la quale si conferisce l'immobile semplicemente in uso alla medesima società”; Cass., 6.8.1997, n. 7219, in Giust. civ. Mass., 1997: “Poiché è rilevante l'errore di diritto sulla situazione costituente presupposto della “res controversa” e quindi antecedente logico della transazione - e come tale estranea al caput controversum - è annullabile (art. 1969 c.c.) la transazione divisoria conclusa nell'erroneo presupposto che un bene appartenesse interamente all'asse ereditario, anziché la metà, per esser l'altra metà del coniuge superstite, in regime di comunione legale dei beni con il “de cuius” (art. 177, comma 1, lett. a c.c.)”; Cass., 1.3.1995, n. 2340, in Giust. civ., 1995, I,2438: “L'annullabilità del contratto per errore di diritto ricorre quando il consenso di una parte sia determinato da falsa rappresentazione circa l'esistenza, l'applicabilità o la portata di una norma giuridica, imperativa o dispositiva, e tale vizio sia rilevabile dall'altro contraente con l'uso della normale diligenza”; Cass., 21.6.1985, n. 3734, in Foro it., 1985, I, 2910: “Qualora, dopo la stipulazione di un preliminare di vendita di fondo agricolo, questo venga incluso, in base a nuova disciplina urbanistica, in zona destinata all'edificazione, e ciò nonostante le parti provvedano alla conclusione del contratto definitivo, in conformità del preliminare, nell'erroneo convincimento della persistenza della destinazione agricola, la sopravvenienza di detta nuova disciplina, è invocabile quale causa di annullamento del contratto definitivo, atteso che anche l'errore di diritto (quale è quello sulle previsioni di piano regolatore, programma di fabbricazione o regolamento edilizio) può implicare detto annullamento, ai sensi e nel concorso dei requisiti di cui all'art. 1429 n. 4 c.c.”. In senso contrario ed in particolare nel senso della esclusione di responsabilità precontrattuale in caso di*

stipulazione di contratto invalido per violazione di norme imperative v. Cass., 26.6.1998, n. 6337, in *Giust. civ.*, 1998, I,2773, con nota di SAPIO: “*Se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali - cioè - da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e - comunque - tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa contrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia omesso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse*”; v. analogamente -e con conseguente esclusione di responsabilità precontrattuale della p.a.- Tar Toscana, Firenze, 23.12.2008, in TAR-Consiglio di Stato, 2008, 3336 (s.m.): “*In ipotesi di conclusione di un contratto affetto da nullità derivante da una norma di legge, nota ad uno dei contraenti e taciuta all'altra parte, non è configurabile ignoranza incolpevole in capo al soggetto che ha omesso di conseguirne la conoscenza con l'impiego dell'ordinaria diligenza e tale principio: ne consegue la non ipotizzabilità di una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione; la responsabilità prevista dall'art. 1338 c.c., a differenza di quella di cui all'art. 1337, tutela l'affidamento di una delle parti non sulla conclusione del contratto, ma sulla sua validità, sicché non è configurabile una responsabilità precontrattuale della P.A. ove l'invalidità del contratto derivi da norme generali, da presumersi note alla generalità dei consociati e quindi tali da escludere l'affidamento incolpevole della parte adempiente*”, nonché Cass, 2.3.2006, n. 4635, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3 (s.m.): “*In tema di responsabilità ex art. 1337 c.c., se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali - cioè - da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e - comunque - tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa a carico dell'altro contraente, che abbia omesso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse. Alla stregua di tale principio, qualora detta responsabilità venga invocata verso una p.a., in relazione a causa di invalidità per difetto di forma scritta ad substantiam, deve escludersi la configurabilità della mala fede della p.a. ai fini della sussistenza di detta responsabilità (nella specie la S.C. ha anche condiviso l'argomento con cui il giudice di merito aveva rilevato che l'altro contraente non poteva nemmeno considerarsi in buona fede, atte so che, dato il suo status di dipendente pubblico, non poteva ignorare la necessità di quella forma)*”; cfr. in dottrina ROPPO, *cit.*, 879, secondo cui se persino in diritto penale, a seguito della nota sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale, si attribuisce rilevanza alla ignoranza incolpevole di una norma incriminatrice, non si vede perché analoga rilevanza della ignoranza incolpevole non possa essere configurata, in rapporto alle circostanze, nel diritto civile, e cioè, per esempio, nel caso della inconsapevole parte non professionale rispetto ad una norma vigente nell'ordinamento professionale della controparte; analogamente v. Trib. Roma, 14.5.1980, in *Temi romana*, 1981, 531, con nota di DELLA ROCCA ed in *Giur. comm.*, 1980, II, 213: “*Il dovere di conoscenza della legge non si pone in eguale misura*

*a carico di tutti i destinatari della norma e non può identificarsi sempre e in ogni caso con la negligenza ma valutato caso per caso onde accertare se la presenza di cause di nullità o di annullamento derivanti dalla violazione di norme di legge fosse riconoscibile dalla parte che ha confidato nella validità del contratto”);*

- c) nel dovere del contraente, che si trovi in posizione di vantaggio sulla controparte rispetto alla possibilità di accesso alle informazioni, di appunto fornire le informazioni in questione, che controparte non potrebbe da sola acquisire, salvo il rispetto della ordinaria diligenza e, secondo alcuni, tenuto eventualmente conto del costo al quale la parte ha potuto avere accesso alle informazioni *de quibus*.

In aggiunta a tali obblighi informativi è stato soprattutto individuato, per quanto interessa ai fini della presente relazione, l'ulteriore dovere della parte di comunicare all'altra circostanze tali da integrare i cd. vizi incompleti del contratto, e dunque: l'esistenza, se riconosciuti, di errori determinanti del consenso anche se non essenziali, di errori sul valore e di errore sui motivi (si potrebbe per es. pensare al caso del fornitore che vende un frigorifero ad un cliente abituale, sapendo che il giorno prima già sua moglie ha stipulato identico acquisto – fattispecie che potrebbe integrare anche un'ipotesi di silenzio o reticenza seppure non corredata da quegli ulteriori artifici e macchinazioni richiesti dalla giurisprudenza in materia di dolo- ovvero al caso dell'intermediario finanziario che, pur sapendo che il cliente intende fare investimenti per assicurarsi una rendita o comunque sopperire alla mancanza di una pensione, lo induce a sottoscrivere ordini di titoli altamente speculativi, oppure ancora al caso di chi acquista un bene ritenendo erroneamente di averlo perduto); l'esistenza di una posizione di bisogno della parte che la induce a stipulare con conseguente lesione tuttavia quantitativamente non *ultra dimidium* ex art. 1448 c.c.; l'esistenza di un errore essenziale della controparte che, pur astrattamente non riconoscibile, la parte abbia invece in concreto riconosciuto; l'esistenza della posizione di pericolo in cui si trova la parte anche se non riconducibile né al disposto dell'art. 1447 c.c. né ai caratteri della violenza morale di cui all'art. 1435 c.c.

La valorizzazione del vizio incompleto della colposa induzione in errore o cd. inganno colposo (cioè, come si è detto, il dolo ex art. 1439 c.c. caratterizzato da elemento soggettivo colposo) induce inoltre a configurare, quale ulteriore obbligo a carico della parte nella fase precontrattuale, quello di astensione (per es. nel caso dell'esempio fatto prima nel testo ed inerente l'intermediario finanziario che per presunzione, negligenza o faciloneria riferisce al cliente notizie inesatte e fuorvianti, l'intermediario *de quo* dovrebbe senz'altro astenersi da un siffatto atteggiamento) oppure, per contro, quello di cooperazione (v., anche conosciuta come caso della Banca Manusardi, App. Milano, 2.2.1990, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, II,734: “Quando provveda a collocare valori mobiliari tra il pubblico la banca intermediaria è gravata dal dovere precontrattuale di una buona fede, dal quale discendono obblighi di informazione nei confronti dei sottoscrittori dei titoli. Incorre in colpa professionale la banca intermediaria che esprima positivi giudizi circa i dati di bilancio della società emittente senza avere preventivamente richiesto quelle ulteriori **informazioni** che le avrebbero consentito di prevederne il dissesto”; si pensi inoltre alla collaborazione nell'agevolare lo svolgimento di procedimenti amministrativi, nel presentare domande, istanze ecc.), con geminazione dunque dalla regola di cui al già più volte citato art. 1338 c.c. (per un'interpretazione ampia della norma, in riferimento non solo alle ipotesi di nullità o annullabilità ma anche di inefficacia del contratto, v. in giurisprudenza Pret. Torino, 4.7.1997, in *Giur. piemontese*, 1997, 291: “Nell'ipotesi di contratto sottoposto a **condizione** risolutiva, se la parte, nello svolgimento delle trattative o nello svolgimento del contratto, col tacere volontariamente una circostanza che renda probabile l'avveramento della **condizione** e, conoscendo la quale, l'altra non si sarebbe determinata a concludere il contratto, fa sorgere in quest'ultima un ragionevole convincimento contrario alla verità, viola l'obbligo di correttezza, sancito dagli art. 1337 e 1338 c.c., ed è, in conseguenza, tenuta agli eventuali danni; v. inoltre Cass., 11.9.2008, n. 23393, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 1343: “In tema di attività negoziale fra la p.a. ed il privato, il contratto stipulato, pur essendo già perfetto nei suoi elementi costitutivi, richiede per la sua operatività l'approvazione dell'autorità di controllo, che agisce come “*condicio iuris*” sospensiva dell'efficacia del negozio, con la conseguenza che il diniego dell'autorità tutoria lo rende non più eseguibile. In tal caso, tuttavia, il comportamento dell'amministrazione medesima, la quale abbia preteso l'adempimento della prestazione prima dell'approvazione del contratto stesso da parte della competente autorità di controllo, è suscettibile di dar luogo, ove tale approvazione non sia intervenuta, a responsabilità precontrattuale, secondo la previsione dell'art 1337 c.c., in considerazione dell'affidamento ragionevolmente ingenerato nell'altra parte”; nella specie, con riferimento ad un contratto di appalto di servizi, la S.C. ha cassato la sentenza della corte territoriale, la quale, valorizzando la natura legale della **condizione** e la sua conseguente conoscibilità da parte di tutti i contraenti ma ignorando le conseguenze dell'affidamento ingenerato nell'altra parte dalla delibera che aveva dichiarato l'esecutività del

contratto, aveva riconosciuto al contraente privato soltanto la rifusione dei costi affrontati per iniziare l'esecuzione del contratto, negando la risarcibilità del danno sofferto).

L'esigenza di assicurare effettiva operatività ai doveri precontrattuali impone poi che gli stessi siano adempiuti in maniera chiara e trasparente, senza connotazioni di ambiguità, per cui, con indiscutibile influsso sul punto del diritto europeo dei contratti, finisce per assumere rilevanza anche la forma scritta delle informazioni precontrattuali (per cui la forma contrattuale si trova ad assumere "... *la nuova funzione di veicolo di informazioni*": così GALLO, *Asimmetrie informative*, cit., 659 ed analogamente D'AMICO, *Regole di validità*, cit., 46, nonché più ampiamente ROPPO, cit., 221: secondo cui in tutta una serie di contratti del consumatore, regolati dalle leggi di settore, la necessità della forma scritta assolve ad una funzione di protezione della parte ritenuta particolarmente bisognosa di tutela o per l'impegno assunto o per la sua posizione socio-economica; già nel codice civile paiono peraltro rispondere ad una siffatta *ratio* non solo l'art. 1341, 2° comma, c.c. , ma anche l'art. 1284, 3° comma, c.c. in tema di pagamento di interessi a tasso ultralegale e l'art. 2925 c.c. in tema di patto di non concorrenza del lavoratore per il periodo successivo alla fine del rapporto di lavoro; in dottrina, soprattutto in riferimento ai rigidi obblighi di forma imposti dalla normativa a tutela del consumatore, si parla a questo proposito di "neoformalismo negoziale"), nonché il carattere di trasparenza che le informazioni *de quibus* devono possedere, intendendosi per tale la maniera chiara, esaustiva e comprensibile con cui le informazioni devono essere fornite (v. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998; MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 94; GALLO, *Asimmetrie informative*, cit., in particolare 659: "*Si vuole infatti evitare l'impiego della micrografia o di caratteri grafici non facilmente comprensibili, o ancora di acronimi, come per esempio IT, acronimo di inclusive tour, o ITC, acronimo di inclusive tour charter, e così via*"; GRECO, *Profili del contratto con il consumatore*, in *Studium Juris*, 2007, 3, 302 ss. ed in particolare 304 ss.: "*Ci si può chiedere se la regola della trasparenza attenga ad una valutazione interna del contratto ovvero ad una valutazione esterna ad esso. A ben vedere, entrambe le prospettive appaiono corrette ... Segnatamente, nel contratto scritto e in riferimento al suo contenuto la trasparenza diviene un requisito qualitativo del contratto concluso, il cui difetto è in grado di incidere sulla validità del medesimo*"; d'altra parte "*... il difetto di chiarezza e comprensione impedisce all'informazione di raggiungere il suo obiettivo. La trasparenza anzi è connaturata all'informazione e vi si identifica, nel senso che è lecito dubitare che un'informazione non trasparente sia un'informazione ... Il difetto di trasparenza permette di espungere dalle contrattazioni quelle clausole che siano formulate in modo tanto opaco da impedire al consumatore di apprezzare non solo il piano di distribuzione dei rischi contrattuali ed il relativo costo, ma anche i termini economici dell'operazione*"; MUSY, voce cit., 406 e nota 141, secondo cui, in forza dell'influsso della legislazione comunitaria, "*... si stanno delineando nuovi principi di tendenza che fanno intravedere una loro*

*applicazione al di là delle normative speciali da cui sono stati introdotti: primo fra tutti quello di trasparenza”;* l’Autore distingue poi tra principio di trasparenza di tipo diretto, quando l’informazione viene offerta direttamente da chi emette il titolo o offre il servizio, attraverso il testo contrattuale, note informative, prospetti allegati o messaggi pubblicitari, ovvero nel principio di tipo mediato, quando l’informazione è nelle mani dei terzi tenuti a fornirla in modo corretto, come è il caso degli intermediari finanziari).

La attribuzione di rilevanza alla forma nei termini sopra descritti comporta inoltre che il contenuto di obblighi prettamente precontrattuali venga trasfuso nel documento contrattuale (v. a titolo esemplificativo gli artt. 86 e 88, 2° ed ultimo comma del Codice del Consumo in materia di pacchetti turistici), con conseguente sostanziale assorbimento di tali obblighi nel contenuto contrattuale ed ulteriore conseguente possibilità di erosione dei confini tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale (v. GRECO, *cit.*, 303, che sottolinea come il fatto che le informazioni subiscano una sorta di attrazione nel contratto perfezionato sia altresì funzionale a vincolare il contraente ad un adempimento conforme al contenuto del contratto e, in difetto, a dare luogo a responsabilità contrattuale: “*Si ha ragione, dunque, ad affermare che l’obbligo in questione si emancipa da una dimensione puramente protettiva per assumere un ruolo più attivo di conformazione del rapporto*”).

### *Vizi incompleti e tutela risarcitoria.*

Focalizzando a questo punto l’attenzione sul sistema dei rimedi, si deve osservare, anzitutto, come la possibilità di configurare vizi del consenso causati dalla violazione della regola di buona fede *in contrahendo* -seppure nella forma minore dei cd. vizi incompleti che in quanto tali non possono portare ad una tutela di annullamento, ma alla tutela risarcitoria- consente di ritenere superato il più tradizionale principio giurisprudenziale secondo cui: “*Non costituisce ipotesi di responsabilità precontrattuale la fattispecie in cui l’accordo tra le parti si è formato, ma a condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se la parte venditrice non avesse tenuto nei confronti degli acquirenti un comportamento contrario alla buona fede, in quanto la configurabilità della responsabilità precontrattuale è preclusa dalla intervenuta conclusione del contratto*” (v. Cass., 5.2.2007, n. 2479, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, nonché Cass., 18.10.1980, n. 5610, in *Arch. civ.*, 1981, 133: “*La disposizione dell’art. 1337 c.c. -che impone alle parti l’obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione*

*del contratto - è (al pari di quelle degli artt. 1175 e 1375 c.c.) norma meramente precettiva o imperativa positiva, dettata a tutela ed a limitazione degli interessi privatistici nella formazione ed esecuzione dei contratti, e non può perciò essere inclusa tra le “norme imperative” aventi invece contenuto proibitivo, considerate dal comma 1 dell’art. 1418 c.c., la cui violazione determina la nullità del contratto anche quanto tale sanzione non sia espressamente comminata. Ne consegue che, fuori dall’ipotesi di responsabilità precontrattuale (che si ha quando una parte receda dalle trattative dopo aver determinato nell’altra l’affidamento sulla conclusione del contratto), la violazione dell’obbligo generico di comportarsi secondo buona fede non implica né responsabilità civile né invalidità del contratto, ove il comportamento deprecato non integri una determinata ipotesi legale cui sia connessa quella specifica sanzione civilistica, come confermato anche dalla disciplina dettata, in tema di dolo, dagli artt. 1439 e 1440 c.c.”; in senso analogo, v. ancora Cass., 19.11.1994, n. 9802, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, secondo cui la violazione della buona fede precontrattuale non può essere posta a fondamento della risoluzione del contratto: “La violazione del dovere di buona fede in sede di stipulazione del contratto, che ricorre anche nel caso di omessa comunicazione di circostanze significative rispetto alla economia del contratto e può dar luogo a responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337-1338-1427 cc., non può essere dedotta a fondamento della domanda di risoluzione del contratto con prestazioni corrispettive, la quale, ai sensi dell’art. 1453 c.c., si lega solo all’inadempimento di una specifica obbligazione negoziale e presuppone, quindi, un regolamento negoziale che astringa la parte a tenere una determinata condotta ed una successiva violazione delle obbligazioni nascenti da questo contratto”; in materia di contratto preliminare, v. Cass., 25.7.2006, n. 16937, in *Giust. civ.*, 2006, 2717: “Stipulato un contratto preliminare, qualora questo sia annullabile per essere stato stipulato da soggetto inabilitato senza l’assistenza del curatore, l’altro contraente, ancorché eventualmente abbia già eseguito parzialmente la propria prestazione, può agire a norma dell’art. 1443 c.c. e non certamente con l’azione di responsabilità precontrattuale, per trattative in malafede, atteso che la configurabilità di tale responsabilità è esclusa e assorbita dalla intervenuta stipula del contratto (ancorché preliminare)”; per un primo riconoscimento della compatibilità tra tutela risarcitoria ex art. 1337 c.c. e contratto validamente concluso v. Cass., 3.8.1995, n. 8501, in *Giust. civ.*, 1996, I, 119: “Allorquando le parti di un contratto già concluso abbiano avviato delle trattative, poi non giunte a buon fine, per modificarne il contenuto e la portata, ed in vista di ciò abbiano stabilito concordemente di sospendere l’esecuzione delle prestazioni da esso nascenti, in quanto incompatibili con il futuro auspicato assetto negoziale, il giudice, chiamato a decidere sulle contrapposte domande di adempimento, risoluzione e risarcimento, per essere il contratto rimasto inadempito dopo il fallimento di dette trattative, non può esimersi dal valutare unitariamente e comparativamente il comportamento degli obbligati in questa fase, allo scopo di accertare se l’eventuale contegno sleale, dilatorio e non di buona fede di qualcuno di esse - a parte la configurabilità a suo carico di una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. - abbia potuto dar luogo a responsabilità contrattuale, incidendo negativamente nella fase esecutiva del contratto alla cui modificazione le trattative tendevano, giustificando l’inadempimento dell’altra parte”, in riferimento all’ipotesi in cui le parti di un contratto appunto già concluso avevano avviato trattative volte a modificarne il contenuto e la portata).*

Del resto il paradigma normativo del dolo incidente ex art. 1440 c.c. e della responsabilità ex art. 1338 c.c. (sul punto v. Cass., 26.5.1992, n. 6294, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, 351, secondo cui la differenza tra gli artt. 1337 e 1338 c.c. risiede nella diversità dell'oggetto tutelato, e cioè, ex art. 1337 c.c., nell'affidamento di una parte sulla conclusione del contratto ed invece, ex art. 1338 c.c., nell'affidamento della parte sulla validità dello stesso, per cui, continua la Corte, il danno risarcibile non è quello calcolabile in relazione alla mancata conclusione del contratto, ma quello riconducibile al fatto di aver confidato nella validità del contratto), nonché degli stessi articoli dei PECL più sopra citati nel testo, costituisce elemento a conforto della tesi per cui spetta alla parte il risarcimento del danno per omissione di informazioni precontrattuali dovute ancorchè il contratto sia stato stipulato.

In altre parole, dunque, di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. si potrà parlare non solo in riferimento alle ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative o di stipulazione di contratto invalido, ma anche nell'ipotesi di contratto sì validamente stipulato dalla parte ma in difetto di compiuta informazione di dati concernenti il contratto stesso ad opera della controparte che era tenuta a fornirle (per una recente applicazione in materia di intermediazione finanziaria v. Trib. Verona, 29.1.2009, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) : “... la violazione degli obblighi di informazione costituisce un'ipotesi di responsabilità ... che può essere fatta risalire alla norma di cui all'art. 1337 c.c., che impone, come regola generale, alla parte di astenersi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e di fornire all'altra parte ogni elemento rilevante ai fini della stipula del contratto; da ciò consegue che la violazione dell'art. 1337 c.c. diviene rilevante non solo nei casi in cui si verifichi la rottura ingiustificata delle trattative o il contratto sia invalido o inefficace, ma anche ove il medesimo, pur valido ed efficace, sia tuttavia fonte di pregiudizio per la parte che ha subito il comportamento scorretto”).

### Contratto stipulato in presenza di vizi incompleti e determinazione del quantum risarcibile.

Tale soluzione comporta evidentemente significative implicazioni sul piano della individuazione del *quantum* risarcibile, che non potrà più, infatti, essere soltanto limitato al risarcimento del mero interesse negativo (per questo profilo e quelli che seguono, v. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 487 e ss., ove ampi riferimenti bibliografici; cfr. inoltre MUSY, voce *cit.*, 409, secondo cui la tradizionale elaborazione dottrina del *quantum* risarcibile a seguito di riconosciuta responsabilità precontrattuale costituisce “... segnale inconfondibile della convinzione dell'epoca che le uniche figure di culpa in contrahendo possibili fossero la

*mancata rivelazione di cause di invalidità del contratto (art. 1338 c.c.) e quella del recesso ingiustificato dalle trattative (art. 1337 c.c.)”).*

Invero, la giurisprudenza, pur tralattivamente affermando che il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale è limitato al solo interesse negativo (inteso come interesse del contraente leso ad essere posto nelle medesime condizioni in cui si sarebbe trovato se non avesse mai iniziato le contrattazioni: *id quod interest contractus non fuisset*), precisa poi costantemente che l'ammontare del risarcimento è comprensivo non solo delle spese sostenute in vista della conclusione del contratto, ma anche della perdita di altre occasioni contrattuali, che possono pertanto essere, in termini di profitto, analoghe o addirittura più lucrose rispetto all'affare non concluso (v. Cass., 7.2. 2006, n. 2525, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 2: “La responsabilità precontrattuale è configurabile in tutti i casi in cui un soggetto abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui osservanza sono tenuti anche la p.a. e gli enti pubblici, nell'ambito del rispetto dei principi garantiti dall'art. 2043 c.c. Pertanto, ai fini dell'affermazione di tale responsabilità, è sufficiente il comportamento non intenzionale o meramente colposo della parte che - senza giusto motivo - abbia interrotto le trattative eludendo così le aspettative della controparte, la quale, confidando nella conclusione del contratto, sia stata indotta a sostenere spese o abbia rinunciato ad occasioni più favorevoli. In caso di violazione della norma di cui all'art. 1337 c.c. il risarcimento del danno è limitato al c.d. “interesse negativo”, con la conseguenza che esso è cumulabile con risarcimento del maggior danno previsto dall'art. 1591 c.c.”; Cass., 13.10.2005, n. 19883, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 10: “In materia di responsabilità precontrattuale il pregiudizio risarcibile è circoscritto nei limiti dello stretto interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento), rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso, e dunque non comprende, in particolare, il lucro cessante risarcibile se il contratto non fosse stato poi adempiuto o fosse stato risolto per colpa della controparte; inoltre sia la perdita dei guadagni che sarebbero conseguiti da altre occasioni contrattuali, sia la relativa valutazione comparativa devono essere sorrette da adeguate deduzioni probatorie della parte che si assume danneggiata, e non possono basarsi sulla semplice considerazione della sua qualità imprenditoriale, nè può senz'altro farsi luogo alla liquidazione equitativa da parte del giudice, ai sensi dell'art. 1226 c.c., subordinata, anche nella materia della responsabilità precontrattuale, all'impossibilità o alla rilevante difficoltà, in concreto, dell'esatta quantificazione di un pregiudizio comunque certo nella sua esistenza”; Cass., 10 giugno 2005, n. 12313, in *Dir. e giust.* 2005, 30, 17 con nota di GARUFI: “In tema di responsabilità ex art. 1337 c.c., l'ammontare del danno va determinato tenendo conto della peculiarità dell'illecito e delle caratteristiche della responsabilità stessa, la quale, nel caso d'ingiustificato recesso dalle trattative, postula il coordinamento tra il principio secondo il quale il

*vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto e l'altro secondo il quale le trattative debbono svolgersi correttamente. Ne consegue che nelle ipotesi di "culpa in contrahendo" il danno risarcibile non comprende quanto la parte avrebbe ricavato dalla stipula del contratto, ma è rappresentato unicamente dalle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute (il cosiddetto "interesse negativo")"; Cass., 23.2.2005 n. 3746, in Vita not. 2005, 977: "In tema di responsabilità precontrattuale la liquidazione del danno va operata applicando l'art. 1223 c.c., essendo pertanto riconoscibili sia il danno emergente, sia quello da lucro cessante. La liquidazione deve, peraltro, avvenire tenendo conto delle caratteristiche di detta responsabilità, onde non possono essere risarciti i danni che sarebbero derivati dall'inadempimento del contratto, atteso che quest'ultimo non si è concluso e che l'interesse leso - cioè l'affidamento - consiste nel cosiddetto "interesse negativo". Il danno per lucro cessante può essere costituito anche dal pregiudizio economico derivante dalla rinuncia alla stipulazione di un contratto avente contenuto diverso rispetto a quello per cui si sono svolte le trattative, tenuto conto che l'art. 1337 c.c. tutela non tanto l'interesse a perfezionare la trattativa quanto quello a non averla iniziata, con conseguente perdita di occasioni favorevoli").*

In questi casi, dunque, il risarcimento a titolo di interesse negativo può essere superiore a quello a titolo di interesse positivo, perchè riferibile anche a guadagni superiori rispetto a quello che si sperava di ricavare mediante la conclusione del contratto (così GALLO, *op. ult. loc. cit.*; contra ROPPO, *Il contratto*, cit., 187, secondo cui "... in tal caso è ragionevole che l'eccedenza non venga riconosciuta, per il principio che impedisce di collocare il danneggiato in una posizione migliore di quella in cui si sarebbe trovato senza l'illecito").

In alcune ipotesi, inoltre, la giurisprudenza ha incorporato nell'ammontare del danno risarcibile anche il guadagno sperato con il contratto stipulando: v. per es. Pret. Macerata, 7.6.1988 (in *Giust. civ.*, 1988, I, 3001, con nota di TERRE): "È configurabile la responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. dell'università che non rinnova il contratto a tempo determinato ad una lettrice di lingua straniera in presenza dei requisiti dell'affidamento del lavoratore sulla conclusione del contratto (nella specie l'inserimento al primo posto in una graduatoria di merito preassuntiva), del recesso senza giusta causa del datore di lavoro (dovuto nella specie al fatto che la lavoratrice aveva esercitato il proprio diritto a sottoporre i pregressi rapporti con l'università al vaglio giudiziale), e del danno (avendo la mancata rinnovazione del contratto impedito di proporre analoghe domande presso altre università)"; Trib. Milano, 11.1.1988 (in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 796, con nota di CASTELLANI ed in *Giur. comm.*, 1988, II,

585): “La responsabilità derivante dalla messa in circolazione di prospetti informativi falsi, in occasione del collocamento di obbligazioni di società, è da qualificare come responsabilità precontrattuale; essa grava anche su soggetti diversi dall'emittente o sottoscrittore del prospetto, che in virtù della loro particolare qualifica professionale suscitino negli investitori uno speciale affidamento. Posto che la responsabilità "in contrahendo" ha natura contrattuale, nella responsabilità da prospetto l'onere della prova è allocato secondo i criteri propri della responsabilità per inadempimento; nell'applicazione di questi criteri deve tenersi conto che gli obblighi di informazione, che gravano su chi sollecita il pubblico risparmio, danno corpo ad obbligazioni di risultato. Incorre in responsabilità da prospetto la banca che, partecipando ad un consorzio di collocamento di titoli obbligazionari e svolgendo tra i propri clienti una campagna promozionale nell'ambito della quale viene raccomandata la sottoscrizione dei titoli stessi, suscita nei sottoscrittori una speciale affidamento circa la veridicità delle informazioni contenute nel prospetto, che risultino poi inveritiere. Una volta che l'investitore abbia provato la falsità di dati influenti, contenuti in un prospetto informativo, spetta alla banca, che abbia curato il collocamento delle obbligazioni oggetto dell'investimento, di provare che neppure una revisione attenta e professionale dei dati forniti dall'emittente le avrebbe consentito di scoprire le inesattezze lamentate dall'investitore. Nella responsabilità (precontrattuale) da prospetto il danno risarcibile, pur essendo limitato all'**interesse negativo**, include sia il danno emergente, rappresentato dalla perdita del capitale investito, sia il lucro cessante, rappresentato dalle utilità che l'investitore avrebbe tratto da investimenti alternativi” (cfr. anche Cass., 14.2.2000, n. 1632, in *Danno e resp.*, 2000, 982, con nota di MANINETTI: “Nella materia della responsabilità precontrattuale il pregiudizio risarcibile è circoscritto nei limiti dello stretto **interesse negativo** (contrapposto all'**interesse** all'adempimento), rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso. Conseguente che la disposizione di cui all'art. 1337 c.c. non può essere invocata per il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto”; nel caso di specie la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, a seguito dell'accertata "culpa in

contrahendo" consistita nel rifiuto di concludere il contratto di locazione dell'immobile, aveva commisurato il danno alla perdita dell'avviamento commerciale collegata al trasferimento dell'azienda in altri).

Ulteriore ipotesi di più ampia interpretazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale è costituita da quelle decisioni che si accontentano della prova, anche solo in via presuntiva, della perdita dell'opportunità di concludere altro contratto analogo o più vantaggioso: v. Cass., 29.3.1989, n. 1551, in *Foro it.*, 1989, I, 1800; più recente, in materia di intermediazione finanziaria, Trib Marsala, 21.3.2008, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it): “... il danno conseguente al mancato investimento della somma in altri titoli può essere riconosciuto in base a presunzioni e fatti notori, quali la qualità di risparmiatore non occasionale del credito desumibile dall'estratto della movimentazione dei titoli nel periodo precedente l'operazione (nel caso di specie è stata ritenuta congrua una valutazione di tipo equitativo che tenesse conto del rendimento medio dei titoli di stato)”; in senso contrario v. tuttavia Cass., 14 febbraio 2000, n. 1632 (in *Giur. it.*, 2000, 2250, con nota di MUSY): “*Nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale i danni sono quelli contenuti nei limiti del cosiddetto interesse negativo, comprendente le spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto nonché delle perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni. La responsabilità precontrattuale non può essere utilizzata per chiedere il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati o dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto. La liquidazione del danno in via equitativa, poi, deve subordinarsi alla impossibilità o alla rilevante difficoltà, in concreto, della esatta quantificazione di un pregiudizio ontologicamente certo nella sua sussistenza. Alla luce di questi principi è illegittima la riconduzione del danno precontrattuale al valore di acquisto della componente avviamento dell'azienda senza giustificare adeguatamente come e perché tale pregiudizio rientri in una delle tassative tipologie in cui si compone l'interesse negativo*”, nonché Cass., 25.1.1988, n. 582 (in *Giust. civ. Mass.* 1988): “*In materia di responsabilità precontrattuale, il pregiudizio risarcibile è circoscritto nei limiti dello stretto interesse negativo ed è rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso della trattativa in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita di ulteriori*

*occasioni per la stipulazione di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso; ma la relativa valutazione comparativa deve essere sorretta da adeguate deduzioni probatorie della parte che si assume creditrice e, contrapponendosi all'interesse all'adempimento del contratto (cosiddetto interesse contrattuale positivo), non può basarsi sulla semplice considerazione del valore del bene oggetto del contratto non concluso”* (attengono sempre ad un’ottica di esatta determinazione del danno risarcibile quelle decisioni che limitano la pretesa del risarcimento anche in relazione alle spese sostenute: v. per es. [Trib. Reggio Calabria, 30.10.2004](#), in *Redazione Giuffrè* 2005, (s.m.): “*Il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale, in relazione alla mancata stipula del contratto, si limita al c.d. interesse negativo, consistente nel pregiudizio che il soggetto subisce per avere inutilmente confidato nella conclusione del contratto, il soggetto lesa, pertanto, ha diritto al risarcimento del danno consistente nelle spese inutilmente erogate e nella perdita di favorevoli occasioni contrattuali, comprendendo nelle spese i costi sostenuti per lo svolgimento delle trattative e per la stipulazione del contratto nonché i costi sostenuti per eseguire o per ricevere la prestazione detratto quanto può recuperarsi mediante reimpiego o rivendita*”; in materia di intermediazione finanziaria v. Trib. Pisa, 9.3.2008, in [www.ilcaso.it](#): “*Ove, in tema di violazione dei doveri informativi dell’intermediario, l’investitore non deduca e provi elementi tali da far ritenere che, se esaurientemente informato, egli avrebbe indirizzato in altra direzione le scelte di investimento, né dimostri quale minor vantaggio o maggior aggravio sia conseguito alla mancata informazione, si deve ritenere non assolto l’onere probatorio di cui all’art. 2967 c.c. in ordine alla sussistenza del danno, al suo concreto manifestarsi e soprattutto in relazione al nesso di causalità tra inadempimento e danno medesimo*”; sempre in un’ottica limitativa v. inoltre Cass., 13.12.1994, n. 10649, in *Giust. civ. Mass.*, 1994: “*In caso di "culpa in contrahendo" (c.d. responsabilità precontrattuale) è risarcibile il solo "interesse contrattuale negativo", costituito sia dalle spese inutilmente effettuate in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita di ulteriori occasioni contrattuali, ugualmente o maggiormente vantaggiose. Conseguentemente non può utilmente chiedersi il risarcimento del c.d. danno biologico e alla vita di relazione*”; Cass., 18.1.2000, n. 495, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 79: “*Con la sentenza di condanna generica il giudice può non limitarsi ad accertare l'esistenza di un fatto potenzialmente idoneo a produrre un danno, ma può accertare anche la reale entità dello stesso, lasciando quindi impregiudicata soltanto la sua liquidazione, purché nell'ambito della "causa petendi". Pertanto, nel caso di risarcimento del danno richiesto per l'ingiustificato recesso da trattative, essendo risarcibile soltanto il cosiddetto interesse negativo, consistente nelle spese sopportate in vista della conclusione del contratto e nella perdita di occasioni per concludere con altri un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso, non può esser riconosciuto, in base alla stessa "causa petendi", il danno da lesione dell'identità personale o immagine sociale”*).

Ebbene, l'esistenza di decisioni che riconoscono nell'ambito del risarcimento anche l'ammontare del guadagno sperato, nonché di decisioni che si accontentano della prova presuntiva delle analoghe o più favorevoli occasioni perdute, fondandosi *“sull'impiego di una vera e propria finzione”* (GALLO, *op. ult. cit.*, 495), induce a constatare che, al di là delle affermazioni di principio adoperate, parte della giurisprudenza finisce di fatto per pervenire a risarcire in modo integrale anche l'interesse positivo (rigorosamente, peraltro, altra e condivisibile giurisprudenza precisa che l'interesse negativo risarcibile non è l'interesse positivo, cioè l'interesse all'adempimento del contratto, posto che l'art. 1337 c.c. non tutela l'interesse a perfezionare la trattativa quanto quello a non averla iniziata, con conseguente perdita di occasioni favorevoli, per cui il *quantum* risarcitorio non può essere meramente commisurato al valore del bene oggetto del contratto non concluso: v. la già citata Cass., 25.1.1988, n. 582 e Cass., 23.2.2005, n. 3746, in *Vita not.*, 2005, 977: *“In tema di responsabilità precontrattuale la liquidazione del danno va operata applicando l'art. 1223 c.c., essendo pertanto riconoscibili sia il danno emergente, sia quello da lucro cessante. La liquidazione deve, peraltro, avvenire tenendo conto delle caratteristiche di detta responsabilità, onde non possono essere risarciti i danni che sarebbero derivati dall'inadempimento del contratto, atteso che quest'ultimo non si è concluso e che l'interesse leso - cioè l'affidamento - consiste nel cosiddetto "interesse negativo". Il danno per lucro cessante può essere costituito anche dal pregiudizio economico derivante dalla rinuncia alla stipulazione di un contratto avente contenuto diverso rispetto a quello per cui si sono svolte le trattative, tenuto conto che l'art. 1337 c.c. tutela non tanto l'interesse a perfezionare la trattativa quanto quello a non averla iniziata, con conseguente perdita di occasioni favorevoli”*; nonché in materia di responsabilità precontrattuale della p.a., Cons. di Stato, Sez. V, 10.11.2008, n. 5574, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 2 429: *“In sede di risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale, per violazione della regola di condotta stabilita dall'art. 1337 c.c., non è possibile ottenere un risarcimento equivalente a quello ottenibile se il contratto non fosse stato poi adempiuto; in tal caso infatti dalla lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative scaturisce solo il diritto ad esser risarciti per la perdita dei guadagni che sarebbero conseguiti da altre occasioni contrattuali se non si fosse fatto affidamento sulla conclusione del contratto (cosiddetto **interesse negativo**)”* e Cons. di Stato, Sez IV, 7.7.2008, n. 3380, in *Foro amm.*, 2008, 2043 (s.m.): *“A seguito della legittima revoca dell'aggiudicazione spetta all'aggiudicatario il risarcimento dei danni precontrattuali conseguenti alla lesione dell'affidamento ingenerato nell'impresa vittoriosa in seno alla procedura di evidenza pubblica poi rimossa, ma sempre che il comportamento tenuto dall'amministrazione risulti contrastante con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. e che tale comportamento abbia ingenerato un danno del quale appunto viene chiesto il ristoro; il risarcimento eventualmente dovuto riguarda il solo **interesse negativo** (spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto*

*e perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali), mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata”).*

Delineato in sintesi lo stato della giurisprudenza in tema di determinazione del danno da responsabilità precontrattuale, non appare quindi totalmente eversivo del sistema ritenere che, nelle ipotesi di riconoscimento della tutela risarcitoria in presenza di contratto non annullabile, ma affetto da vizi incompleti della volontà, il *quantum* risarcibile dovrà consistere nel danno differenziale positivo (MIRIELLO, in *Contr. impr.*, 2008, 293), commisurato “*al “minor vantaggio” ovvero al “maggior aggravio economico” prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell’obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l’esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto*” (v. Cass., 29.9.2005, n. 19024, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 7/8; Trib. Firenze, 18.10.2005, in *Cd Juris Data*, Redazione Giuffrè 2006; Trib. Trani, 10.10.2006, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 5, 621, con nota di TUCCI: “*Il danno risarcibile per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari non è limitato al solo **interesse negativo**, ma comprende altresì il minor vantaggio conseguente all’acquisto di un prodotto finanziario inadeguato o, comunque, meno vantaggioso di quello che l’investitore avrebbe acquistato se adeguatamente informato*”; sempre in materia di intermediazione V. Trib. Vicenza, 15.6.2007, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), che parla di danno “... *ragguagliato al minor vantaggio o maggior aggravio economico causato dal contegno sleale della parte*”; v. analogamente ROPPO, *Il contratto*, cit., 187: “*Quando il danno deriva dalla conclusione di un contratto valido ed efficace, ma sconveniente, il risarcimento copre l’intero scarto di convenienza: se il dolo incidente o la mancata informazione hanno spinto il soggetto ad un contratto che gli dà 100, mentre senza quelle scorrettezze avrebbe contrattato a condizioni capaci di dargli 120, il suo risarcimento è 20*”; v. inoltre *Codice Civile* a cura di RESCIGNO, Milano, 2008, vol. I, sub art. 1337 c.c., n. 6: “*In caso di responsabilità precontrattuale compatibile con la persistente validità ed efficacia del contratto, il danno risarcibile non potrà essere identificato dall’interesse negativo, bensì dal contenuto del contratto sfavorevole per la parte danneggiata, ovvero dalle migliori condizioni che quest’ultima avrebbe ottenuto senza l’illecita ingerenza*”; v. anche GALLO, *La responsabilità precontrattuale. Il quantum*, cit., 505: “*Il risarcimento del danno sarà pertanto pari alla differenza di valore tra il contratto che si è concluso e quello a cui si sarebbe aderito in assenza della violazione delle regole di buona fede*”).

E’ stato tuttavia notato come questo criterio sia connotato da una certa indeterminatezza (v. ROPPO-AFFERNI, *op. cit.*, 34, i quali fanno riferimento ad altri possibili criteri, quale per es. il criterio dell’azione estimatoria, desumibile dal seguente esempio: se il bene venduto da Tizio a Caio avesse avuto le qualità su cui, invece, Caio è stato indotto in errore, avrebbe avuto un valore di 100, laddove nella realtà, in quanto privo di tali caratteristiche stesse, ha solo un valore di 50. Caio, confidando

erroneamente in tali caratteristiche, ha pagato il bene al prezzo di 70; applicando il criterio della *quantum minoris* e riducendo il prezzo in modo uguale al rapporto tra prezzo ipotetico e prezzo reale, Caio dovrebbe pagare solo 35, dovendosi cioè ridurre il prezzo alla metà ed individuando un prezzo inferiore al valore reale del bene, che infatti è di 50; sul punto v. Cass., 21.7.1984, n. 4278, in *Riv. giur. ed.*, 1985, I, 29: “*In tema di vendita di cosa affetta da vizi, l'azione per la riduzione del prezzo e l'azione per il risarcimento del danno non coperto dalla prima, spettanti al compratore a norma degli art. 1492 e 1494 c.c., sono rivolte a ristabilire il rapporto di corrispettività fra prestazione e controprestazione, nonché a porre il compratore medesimo nella situazione economica in cui si sarebbe trovato se il bene fosse stato immune da vizi. Ne consegue che detta riduzione va apportata con una diminuzione del prezzo pattuito corrispondente alla percentuale di disvalore della cosa derivante dall'esistenza dei vizi, e che il danno va quantificato nella differenza fra gli utili rispettivamente ricavabili dalla concreta utilizzazione della medesima, nelle diverse situazioni, ottimale e deficitaria*”); altro possibile criterio sarebbe quello in forza del quale il prezzo viene ridotto in modo da farlo coincidere con il valore reale del bene o della controprestazione, per cui Caio, che ha pagato 70 un bene che vale in realtà 50, potrebbe chiedere che il prezzo venga appunto ridotto sino a 50; ulteriore criterio sarebbe infine quello in cui la vittima della falsa rappresentazione viene messa nella stessa posizione in cui si sarebbe trovata se la rappresentazione fosse stata vera; nel nostro esempio, Caio, tenendo fermo il prezzo pagato di 70, potrebbe cioè chiedere il risarcimento della differenza tra il valore ipotetico sperato ed il valore reale del bene, cioè, in riferimento al nostro esempio, 100-50).

Quanto poi alla possibilità di risarcimento dei cd. “danni ulteriori”, il riferimento è a quelle ipotesi in cui la parte indotta in errore su determinate qualità del bene o della controprestazione abbia, oltre che stipulato il contratto, sostenuto spese ulteriori che *a posteriori* risultano essere eccessive o del tutto inutili (v. Cass., 29.3.1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, 1192; App. Venezia, 31.5.2001, in *Corr. giur.*, 2001, 1199, con osservazioni di DALLA MASSARA, *Sul risarcimento del danno per dolo incidente*).

Tali spese devono essere risarcite (“*integralmente*”, come precisano ROPPO-AFFERNI, *cit.*, 36), sempre che risulti provato il nesso causale tra condotta illecita o sleale e danno.

Oltre che nel consueto principio fondato sull'assolvimento dell'onere della prova, altro limite al risarcimento del danno potrà essere individuato nel concorso di colpa del danneggiato nonché nel suo onere di attivarsi relativamente a danni evitabili con l'ordinaria diligenza ex art. 1227, 1° e 2° comma, c.c. (v. GALLO, *op. ult. cit.*, 520; ROPPO, *op. cit.*, 187).

*Vizi incompleti tra regole di responsabilità e regole di validità.*

Il passo ulteriore da compiere nell'analisi è tuttavia quello di stabilire se l'accertata violazione della regola di buona fede *in contrahendo* ex art. 1337 c.c. possa dar luogo non solo alla tutela risarcitoria, ma anche alla caducazione del contratto stipulato dalla parte non consapevolmente e dunque a condizioni diverse -più "squilibrate" e meno convenienti- da quelle previste e volute.

In sostanza, se nel caso di contratto annullabile per i tradizionali vizi del consenso la parte può preferire il ricorso alla mera tutela risarcitoria (v. sul punto ROPPO-AFFERNI, *cit.*, 33: "... il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale non solo può essere chiesto quando la condotta illecita o sleale di controparte non sia stata tale da determinare la invalidità del contratto, ma anche quando la vittima, nel caso di contratto solo annullabile, non voglia avvalersi di questo rimedio ovvero non possa più farlo, a causa della prescrizione dell'azione di annullamento o della convalida del contratto"; argomenti sul punto possono essere tratti anche da Cass., 8.9.1999, n. 9523, secondo cui l'azione di risarcimento per dolo incidente è diversa da quella di annullamento per dolo determinante e non presuppone l'esercizio di quest'ultima), specularmente ci si è chiesti se il caso del contratto efficacemente concluso, ma sconveniente (essendo la volontà della parte affetta dai cd. vizi incompleti), per avere controparte violato gli obblighi di buona fede e correttezza *in contraendo* possa comportare, oltre che il risarcimento del danno, anche la invalidità del contratto stesso (v. GALLO, *La responsabilità precontrattuale. La fattispecie*, *cit.*, 320).

E nell'adombrare la possibilità di considerare il contratto sconveniente o "squilibrato" in termini di contratto invalido, la dottrina fa anzitutto riferimento alla categoria della nullità, in forza della previsione di cui all'art. 1418, 1° comma, c.c., secondo cui "*Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente*" (v. ROLLI, *Le attuali prospettive di "oggettivizzazione" dello scambio*, in *Contr. impr.*, 2001, 632; RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, *ivi*, 1998, 182).

Come è stato rilevato (D'AMICO, *op. cit.*, 55) l'art. 1418, 1° comma, c.c. enuncia una regola ed "*al contempo la possibilità di eccezioni (evocate dall'inciso finale del comma citato)*" e sul punto è stato ritenuto che tale formulazione esprima un principio generale diretto a disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione di una norma imperativa non corrisponda espressamente, ma debba comunque essere ritenuta e dichiarata dal giudice, una specifica sanzione di nullità (cd. nullità virtuale; sul

punto v. Cass., 7.3.2001, n. 3272, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it): “In presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di una espressa sanzione di nullità non è rilevante ai fini della nullità dell’atto negoziale in conflitto con il divieto, in quanto vi sopperisce l’art. 1418, comma 1, c.c., che rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità”).

Ebbene, oltre ad alcuni casi in cui la buona fede in senso oggettivo è stata individuata come limite alla operatività di determinate clausole contrattuali (v. Cass., 20.4.1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, 1296 ed in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 852, con nota di PICARDI, anche conosciuta come caso Fiuggi: “La clausola, inserita nei contratti “per la condizione e l’esercizio delle concessioni delle sorgenti di acqua minerale” e “per la locazione degli stabilimenti termali” concluso dal Comune di Fiuggi con un privato che, attribuendogli la “piena libertà” di determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, consente al medesimo privato di bloccare tale prezzo nonostante la svalutazione monetaria, impedendo allo stesso Comune di conseguire anche l’adeguamento del canone correlato al ripetuto prezzo, è contraria al principio di buona fede che, per il suo valore cogente, concorre a formare la “regula juris” del caso concreto, determinando, integrativamente, il contenuto e gli effetti dei contratti ed orientandone, ad un tempo, l’interpretazione e l’esecuzione”; tra l’altro la decisione chiarisce che in tema di esecuzione del contratto la buona fede (in senso oggettivo) si atteggia come un impegno di cooperazione o un obbligo di solidarietà che impone a ciascun contraente di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali o dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, siano idonei a preservare gli interessi dell’altra parte senza rappresentare un apprezzabile sacrificio; configura la buona fede come limite all’operatività della fideiussione *omnibus* Cass., 18.7.1989, n. 3386, in *Foro it.*, 1989, I, 2750: “La garanzia personale, prestata in favore di un istituto di credito per tutte le obbligazioni derivanti da future operazioni bancarie con un terzo (cosiddetta fideiussione *omnibus*), al pari della clausola del relativo contratto, con cui il garante dispensi l’istituto medesimo dall’onere di conseguire specifica autorizzazione per nuove concessioni di credito in caso di mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore principale (art. 1956 c.c.), devono ritenersi valide ed efficaci, in considerazione della determinabilità per *relationem* dell’oggetto della fideiussione, sulla base di atti di normale esercizio dell’attività creditizia, sottratti al mero arbitrio della banca, nonché in considerazione della disponibilità dei diritti del fideiussore, in ordine alla valutazione dell’opportunità dei finanziamenti in presenza di mutate situazioni economiche del debitore principale. Peraltro, la banca beneficiaria di detta garanzia non si sottrae ai principi generali di correttezza e buona fede, che devono inderogabilmente presiedere al comportamento delle parti anche nella fase di esecuzione del rapporto (art. 1375 c.c.), sicché l’operatività di quella garanzia fideiussoria, o di quella clausola di dispensa, va esclusa non solo quando la banca abbia agito con il proposito di recare pregiudizio, ma anche quando non abbia osservato canoni di diligenza, schiettezza e solidarietà, violando l’obbligo tassativo di ciascun contraente di salvaguardare gli interessi degli altri, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico”, mentre in materia di *leasing* Cass., 2.11.1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, 3081, afferma la nullità, per contrarietà al principio di buona fede

nell'esecuzione del contratto, della clausola che trasferisce sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna del bene), più di recente la declaratoria di nullità (virtuale) a seguito dell'accertamento della violazione di obblighi informativi è stata largamente adoperata dalla giurisprudenza di merito, oltre che di legittimità, in materia di intermediazione finanziaria (v., oltre la già citata sopra Cass., 7.3.2001, n. 3272, anche Trib. Trento, 1.2.2007, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it): *“Non è condivisibile la tesi secondo la quale l'inosservanza degli obblighi imposti all'intermediario assume rilievo sotto il profilo della responsabilità precontrattuale e non può comportare la nullità del contratto. La condotta illegittima dell'intermediario ha infatti luogo nel momento stesso della stipula dell'atto negoziale che ha natura indiscutibilmente bilaterale, atteso che vede da un lato l'ordine di acquisto impartito dal cliente e dall'altro lato l'accettazione dell'intermediario di dare corso all'operazione, accettazione che si manifesta attraverso la diretta esecuzione dell'operazione medesima. L'inosservanza degli adempimenti imposti all'intermediario nella stipula del contratto non può che comportare l'invalidità dell'atto compiuto in violazione di norme imperative, quali sono quelle dettate dal T.U.F. e dal reg. Consob n. 11522/1998 a protezione dell'interesse pubblico alla tutela del risparmio e al corretto funzionamento dei mercati finanziari”*; Trib. Bologna, 2.3.2009, *ivi*: *“In presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di un'espressa sanzione di nullità non è rilevante fini della nullità dell'atto negoziale in contrasto con il divieto, in quanto vi sopperisce l'art. 1418, comma 1 codice civile, che rappresenta un principio generale volto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità”*; Trib. Brindisi, 18.7.2007, *ivi*: *“Gli obblighi informativi previsti dagli artt. 21 e ss. del TUF hanno natura più stringente di quelli, generici, di correttezza ed informazione (artt. 1337-1375 c.c.) gravanti su qualunque parte del rapporto negoziale e ciò in considerazione della particolare natura dei contratti cui si rivolgono, che presentano un elevato grado di rischio ed espongono quindi il risparmiatore ad una perdita potenzialmente illimitata del capitale investito. L'aderente all'investimento, inoltre, è un soggetto privo delle cognizioni tecniche necessarie per operare in un settore altamente specializzato, quale quello dei mercati dei valori mobiliari. Ne deriva che deve considerarsi condicio sine qua non per la validità del contratto di investimento la circostanza che in sede di stipula il risparmiatore abbia ricevuto adeguata informazione circa il tipo e le caratteristiche essenziali del contratto stesso. Le norme regolanti i servizi di investimento in prodotti finanziari – in quanto volte alla tutela sia del singolo investitore, sia più ingenerale, dell'intero mercato dei valori mobiliari – hanno, quindi, natura e portata di norme imperative, il che implica la loro inderogabilità ad opera delle parti e la sanzione della nullità per la loro violazione”*; più risalenti e tutte consultabili nel sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) Trib. Cagliari, 2.1.2006: *“Le violazioni ai doveri informativi e di diligenza dell'intermediario, pur avendo luogo nella fase successiva alla stipulazione del contratto quadro, intervengono nella fase genetica dell'ulteriore e diverso contratto di mandato ad acquisire gli specifici prodotti finanziari oggetto di negoziazione, sicchè a tale fattispecie non pare adeguato il rimedio della risoluzione del contratto. Più corretto è, infatti, il rimedio della nullità essendo le norme contenute nel d.*

*lgs. n. 58/1998 chiaramente strumentali al perseguimento di interessi pubblicistici di rango costituzionale, quali la tutela dei risparmiatori uti singuli, del risparmio pubblico, della stabilità del sistema finanziario e dell'efficienza del mercato dei valori mobiliari, sicchè la loro natura imperativa non sembra poter essere posta in discussione"; Trib. Brindisi, 26.12.2005: "Gli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza imposti all'intermediario dall'art. 21 del TUF sono posti a tutela dell'investitore ma anche del mercato e del risparmio con lo scopo di assicurare massima trasparenza e correttezza nei comportamenti dei soggetti abilitati. Le norme regolanti i servizi di investimento in prodotti finanziari, in quanto volte alla tutela sia del singolo investitore, sia dell'intero mercato dei valori mobiliari, hanno natura e portata di norme imperative. Ciò comporta la loro inderogabilità ad opera delle parti e la nullità per illiceità della causa dei contratti e delle transazioni stipulati in violazione di tali norme"; Trib. Torino, 7.11.2005:"Le norme sui doveri informativi dell'intermediario di cui all'art. 21 del TUF e quelle di attuazione contenute nel reg. Consob 11522/98 hanno natura imperativa in quanto poste a tutela di interessi di carattere generale e pubblico (tutela del risparmio, integrità dei mercati, efficienza del mercato dei valori mobiliari) perseguiti dal legislatore in attuazione della speciale normativa primaria (TUF) e secondaria (Regolamenti), della legge delega n. 52/1996 e delle direttive comunitarie. Il comportamento tenuto in violazione di norme imperative è illegale e il contratto che sia stato concluso in forza di quel comportamento non che essere nullo in quanto contrario a norme imperative"; Trib. Parma, 21.10.2005: "Il contratto concluso in violazione dei doveri informativi dell'intermediario finanziario è nullo in quanto contrario a norme imperative di legge"; Trib. Treviso, 10.10.2005: "L'art. 28 Reg. Consob n. 11522/1998, il quale stabilisce che gli intermediari "non possono effettuare operazioni se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate..", così ponendo un esplicito divieto alla conclusione del contratto, ha natura di norma imperativa, in quanto tutela un interesse pubblico, di ordine generale, e diritti di rango costituzionale (tutela del risparmio), ed ha carattere proibitivo, sicché il suo mancato rispetto è violazione di un divieto che determina la nullità degli ordini di acquisto dei titoli"; Trib. Brindisi, 4.10.2005: "Le prescrizioni contenute negli artt. 21 d. gs. 24 febbraio 1998, n. 58 e negli artt. 28 e 29 reg. Consob n. 11522/1998 devono essere considerate norme imperative ex art. 1418 c.c. in considerazione della natura generale degli interessi tutelati (tutela del risparmio, diligenza degli intermediari, regolarità ed integrità dei mercati). Ne discende che la loro violazione incide sulla fase genetica del contratto di investimento minandone sin dall'inizio la legittimità"; Trib. Marsala, 12.7.2005: "Le norme di settore relative ai doveri informativi dell'intermediario finanziario sono norme imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c. tenuto conto della natura pubblica o generale degli interessi tutelati: tutela del risparmio ed integrità dei mercati (art. 47 Cost.; art. 5 T.U.F. sui poteri di vigilanza attribuiti alla Banca d'Italia ed alla Consob; art. 21 lett. a. T.U.F.). Ne deriva che la loro violazione comporta la nullità dei contratti di negoziazione stipulati in violazione delle norme medesime"; Trib. Parma, 6.7.2005: "La violazione da parte dell'intermediario dei doveri imposti dalle norme del TUF e del reg. Consob n. 11522/98, con particolare riferimento ai doveri di informativa sulle caratteristiche del titolo oggetto di negoziazione (nella specie obbligazioni Cirio Finance Lux prive di rating) di cui agli artt. 21 del TUF e 28 del reg. Consob, comporta*

la nullità del contratto per violazione di norme di carattere imperativo siccome incidenti "in un settore contrassegnato da una elevata prevalenza dell'interesse pubblico e dalla natura pubblica e generale degli interessi dalle stesse garantiti che concernono la tutela dei risparmiatori e quella del risparmio pubblico in sé considerato come elemento di valore della economia nazionale"; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 1.3.2005: "Le prescrizioni contenute negli articoli 21 del Tuf, e 28 e 29 del Regolamento Consob devono considerarsi norme imperative ex art. 1418 c.c. in considerazione degli interessi tutelati (diligenza degli intermediari nonché tutela del risparmio), della natura generale di siffatti interessi nonché del potenziale danno derivabile ai clienti. Deve pertanto essere dichiarata la nullità degli ordini di acquisto di strumenti finanziari eseguiti in violazione di tali norme"; Trib. Parma, 16.6.2005: "Deve essere condivisa la soluzione delineata da parte della giurisprudenza di merito, secondo la quale le norme preposte al collocamento di strumenti finanziari contenute nel TUF e nei regolamenti attuativi non possano che definirsi di ordine pubblico in virtù della loro vocazione ad incidere in un settore caratterizzato da una elevata prevalenza dell'interesse pubblico e dalla natura, pubblica e generale, degli interessi garantiti dalle predette norme, che concernono la tutela dei risparmiatori "uti singuli" e quella del risparmio pubblico come elemento di valore della economia nazionale. L'insieme delle disposizioni che presiedono all'attività di intermediazione finanziaria, dunque, devono ritenersi imperative, perché dirette a tutelare interessi di carattere generale (alla regolarità dei mercati ed alla stabilità del sistema finanziario), come, peraltro, ha ritenuto la giurisprudenza di legittimità nel caso di violazione delle norme relative al funzionamento delle Società d'intermediazione mobiliare. Nel novero delle norme imperative sopra delineato sono da ricomprendersi anche le norme di natura attuativa e regolamentare, costituenti l'attuazione dei principi generali posti dal TUF, in quanto costituenti con questo un corpus unicum, da valutarsi unitariamente. E' quindi possibile affermare che i contratti conclusi in violazione del complesso di norme sopra richiamato siano suscettibili di declaratoria di nullità, ove non siano stati in concreto rispettati gli specifici obblighi imposti agli intermediari finanziari, ovvero ove questi ultimi non siano in grado di provare per iscritto di averli rispettati. Ciò a condizione che la norma dalla cui violazione discende la sanzione della nullità abbia un contenuto sufficientemente specifico, preciso ed individuato, non potendosi, in mancanza di tali caratteri, pretendere di applicare una sanzione, seppure di natura civilistica, tanto grave quale la nullità del rapporto negoziale, se non a fronte di parametri di comportamento sufficientemente precisi e determinati. Si deve quindi ritenere che alla violazione di specifiche regole cui l'intermediario è tenuto può conseguire la nullità del contratto, mentre alla violazione di regole generali di prudenza e diligenza professionale, non meglio specificate o codificate in sede regolamentare o attuativa segue, in virtù dei principi generali d'inadempimento dell'obbligazione ed in forza dell'art. 23, co. VI° del TUF, l'azione per il risarcimento del danno"; Trib. Firenze, 18.2.2005: "La prospettiva da cui muove la disciplina del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria e nella quale sono confluite regole già vigenti e regola di nuove coniazione, riguarda, in generale, la regolamentazione del mercato finanziario con particolare attenzione alla tutela degli interessi pubblici sottesi alle regole. Nella vigenza della legge n° 1 del 1991, parte della dottrina aveva attribuito a ai canoni di diligenza, di

correttezza un carattere ridondante o, addirittura, meramente ripetitivo delle disposizioni codicistiche. Gli interventi del legislatore successivi al recepimento della direttiva Cee n° 22 del 1993 concorrono ad attribuire autonoma e specifica rilevanza alla previsione contenuta nell'art. 21 del decreto legislativo n° 58 del 1998, con la conseguenza che, se nella disciplina anteriore gli obblighi di diligenza e di correttezza erano espressamente finalizzati alla "cura dell'interesse del cliente", con l'art. 17 del d. lgs. 415/1996 e con l'art. 21 T.U.F. (norme ispirate alla disciplina comunitaria), tali obblighi sono imposti anche e soprattutto "nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati". Ne consegue che i principi di correttezza e diligenza, contenuti nella disciplina dei servizi di investimento, esprimono concetti più ampi di quelli sottesi alle norme codicistiche, "operando non soltanto nel quadro di un rapporto obbligatorio con l'investitore per la tutela del soddisfacimento del suo interesse, ma anche più in generale (e in via di principio) in relazione allo svolgimento dell'attività economica come canone di condotta volto a realizzare una leale competizione e a garantire l'integrità del mercato". Pertanto, nel contesto della nuova normativa la diligenza e la correttezza sono canoni di condotta riconducibili alle pratiche del commercio e agli usi imprenditoriali, mentre nel contesto codicistico non possono mai prescindere dall'esistenza di un rapporto giuridicamente rilevante tra due parti definite e precisamente individuate. La conseguenza di tali presupposti è la nullità degli ordini di acquisto impartiti in violazione di tali norme"; Trib. Palermo, 17.1.2005: "La violazione di tali obblighi contrattuali imposti all'intermediario di prodotti finanziari comporta la nullità dell'operazione eseguita. La sanzione non è posta espressamente dalla norma, ma si ricava agevolmente proprio in considerazione degli interessi pubblicistici, anche di rango costituzionale (art. 47 Cost.) che l'impianto normativo mira a tutelare, identificabili nella tutela dei risparmiatori uti singuli, del risparmio pubblico come elemento di valore dell'economia nazionale, della stabilità del sistema finanziario, dell'efficienza del mercato dei valori mobiliari, con vantaggi per le imprese e per la economia pubblica"; Trib. Venezia, 22.11.2004: "Le norme relative agli obblighi informativi imposti dall'art. 21, lett a) e b) del d. lgs. n. 58/98 nonché quelle contenute negli artt. 27 e 28 del reg. Consob n. 11522/98 hanno natura imperativa ai sensi dell'art. 1418 c.c. in ragione degli interessi generali tutelati. Ne consegue che sono nulli gli ordini di negoziazione effettuati in violazione di dette norme"; Trib. Mantova, 18.2.2004: "La violazione delle norme relative ai doveri di informazione dell'intermediario comporta la nullità degli ordini di acquisto degli strumenti finanziari negoziati" ).

Nettamente minoritarie sono le decisioni che addivengono alla declaratoria di annullamento per vizio del consenso (v., sempre nel sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) Trib. Taranto, 1.7.2008: "Circostanze quali la sottoscrizione della documentazione "in bianco", il fatto che l'operazione di sottoscrizione del piano 4you costituiva il primo investimento di parte attrice, la dimensione eccessiva dell'importo finanziato e della rata mensile pari a lire 3.300.000, da pagarsi in trent'anni, maggiorata di interessi, con un reddito mensile di livello impiegatizio, sono fattori che rivelano una notevole mancanza di consapevolezza da parte dell'investitore, il quale, se avesse compreso le informazioni dovute al momento della contrattazione e ne avesse compreso il significato, non avrebbe stipulato il contratto, il quale può pertanto essere annullato per errore sulla identità dello stesso ovvero su una qualità

dell'oggetto della prestazione intesa come conformazione giuridica e materiale del titolo acquistato"; Trib. Forlì, 28.11.2007: "L'esecuzione del contratto di acquisto di obbligazioni, costituita dall'incasso delle cedole, rappresenta in modo implicito ma pur sempre chiaro ed univoco la volontà della parte di convalidare tacitamente il negozio eventualmente annullabile ex art. 1444 cod. civ."; Trib. Lanciano, 30.4.2007: "Si versa nell'ipotesi di errore essenziale riconoscibile allorchè la violazione da parte dell'intermediario dei propri doveri informativi induca gli investitori a porre in essere una operazione speculativa non voluta con rischio medio-alto di perdita del capitale"; Trib. Ancona, 12.4.2007: "La violazione da parte dell'intermediario dei propri doveri informativi incide sulla libera determinazione dell'investitore ad una scelta consapevole e da quindi luogo ad errore essenziale"; Trib. Parma, 6.12.2006: "Qualora l'investitore sia convinto di sottoscrivere un piano di investimento (nella specie Myway) basato sull'accantonamento di una somma mensile, senza avere la consapevolezza di aver contratto un mutuo e che le somme da lui pagate mensilmente rappresentano la rata di rimborso dello stesso, si versa in ipotesi di errore essenziale e riconoscibile sull'intero contratto con conseguente nullità dello stesso ai sensi dell'art. 1427 cod. civ.")

Il ricorso alla categoria della nullità virtuale quale conseguenza, sul piano dei rimedi, della accertata violazione degli obblighi informativi gravanti sulla parte è stata tuttavia criticata da parte della dottrina (v. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 37 ss.) che, evidenziando come la fase della formazione del contratto sia quella, attualmente, che più risulta essere coinvolta dai nuovi modi di organizzazione degli scambi e, sul piano giuridico, dal conseguente "ammodernamento" del diritto dei contratti promosso dalla Comunità europea (individuato come elemento centrale -anche se non unico- di una nuova politica di "strutturazione" del mercato: D'AMICO, *op. cit.*, 39), sottolinea come i tentativi di revisione a cui, in questo contesto, è stata sottoposta la tradizionale distinzione tra "regole di validità" e "regole di comportamento" (riconducibili queste ultime, relativamente alla fase di formazione del contratto, appunto all'art. 1337 c.c.) non avrebbe ragion d'essere, dal momento che le due categorie di regole sarebbero "... governate da un rigoroso principio di autonomia (o non interferenza)" (D'AMICO, *op. cit.*, 40).

In riferimento al nostro ordinamento interno, infatti, viene pacificamente riconosciuto dalla dottrina che le "regole di validità" si riferiscono alla struttura del contratto, stabilendo le condizioni alle quali l'atto deve corrispondere per essere vincolante tra

le parti, mentre le “regole di comportamento” (o di buona fede) attengono alla correttezza ed alla moralità delle contrattazioni (così PIETROBON, *Errore, volontà ed affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 118; v. anche JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Diritto privato europeo*, a cura di LIPARI, Padova, 1997, II, in particolare 497-498); pertanto, per la loro funzione di garanzia della certezza sull'esistenza di fatti giuridici, le regole di validità devono essere formalizzate a livello ordinamentale e non possono quindi dipendere dalla qualificazione di un comportamento alla stregua dei mutevoli criteri valutativi extra legali cui rimanda la regola di buona fede (v. D'AMICO, *op. cit.*, 43 e soprattutto 58: “... ipotizzare che la violazione della regola di correttezza in contrahendo possa, in sé, condurre ad una declaratoria di invalidità del contratto, significa fare inevitabilmente della buona fede (il cui statuto normativo -non si dimentichi- è quello di una clausola generale) uno strumento di controllo (giudiziale) del contenuto del contratto”).

A livello di stretto diritto positivo, inoltre, lo stesso art. 1418, 1° comma, c.c. deve essere interpretato nel senso di comminare la nullità salvo che la legge disponga “una sanzione civile diversa” (D'AMICO, *cit.*, 56) e nel caso dell'art. 1337 c.c. (di cui è tra l'altro dubbia la natura di norma imperativa: v. D'AMICO, *cit.*, 56; in giurisprudenza nega la natura di norma imperativa dell'art. 1337 c.c. Cass., 18.10.1980, n. 5610, in *Arch. Civ.*, 1981, 133: “La disposizione dell'art. 1337 c.c. - che impone alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto - è (al pari di quelle degli art. 1175 e 1375 c.c.) norma meramente precettiva o imperativa positiva, dettata a tutela ed a limitazione degli interessi privatistici nella formazione ed esecuzione dei contratti, e non può, perciò, essere inclusa tra le “norme imperative”, aventi invece contenuto proibitivo, considerate dal comma 1 dell'art. 1418 c.c., la cui violazione determina la nullità del contratto anche quando tale sanzione non sia espressamente comminata. Ne consegue che, fuori dell'ipotesi di responsabilità precontrattuale (che si ha quando una parte receda dalle trattative dopo aver determinato nell'altra l'affidamento sulla conclusione del contratto) la violazione dell'obbligo generico di comportarsi secondo buona fede non implica nè responsabilità civile nè invalidità del contratto, ove il comportamento deprecato non integri una determinata ipotesi legale cui sia connessa quella specifica sanzione civilistica, come confermato anche dalla disciplina dettata, in tema di dolo, dagli art. 1439 e 1440 c.c.”), espressamente rubricato “Responsabilità precontrattuale”, la sanzione prevista non può che essere (esclusivamente) quella del risarcimento del danno.

Né tale impostazione potrebbe mutare per l'influsso del diritto europeo dei contratti, dato che le normative di derivazione comunitaria a tutela del contraente debole, quale

*in primis* quella a tutela dei consumatori, sono da reputarsi a carattere eccezionale e quindi inestensibile in altri settori non specificamente regolati dal legislatore (D'AMICO, *op. cit.*, 58-59).

Inoltre la logica in cui si muove il piano di azione comunitario -in forza del quale sono nate le varie normative specialistiche a tutela del contraente debole- è quella della conformazione e della strutturazione del mercato (V. D'AMICO, *op. cit.*, 46; JANNARELLI, *op. cit.*, 509), tant'è che: “... *la buona fede dei contratti dei consumatori (rectius: nella contrattazione standardizzata) non è la buona fede dell'art. 1337 c.c. Quest'ultima è regola di condotta riferita ad entrambe le parti in relazione al rapporto che tra le stesse si instaura attraverso le trattative o, comunque, durante la formazione del contratto. La “buona fede” di cui alla normativa dei contratti sui consumatori è invece regola che vale per uno solo dei contraenti, ed è essenzialmente regola dell'attività; esprime il limite “interno” all'esercizio di “un potere di autonomia” eccezionalmente concesso ad uno solo dei contraenti (in deroga alla regola generale dell'art. 1322 c.c. che lascia alle parti –ad entrambe di comune accordo e non ad una sola ! il potere di determinare il contenuto del contratto, anche derogando al diritto dispositivo ...*” (v. D'AMICO, *op. cit.*, 51).

Viene inoltre ulteriormente precisato che il rimedio della nullità virtuale potrebbe nel caso concreto configurarsi come eccessivamente drastico, tant'è che le stesse nullità di protezione della disciplina a tutela del consumatore prevedono appunto ipotesi di nullità parziali (implicanti la sostituzione della clausola nulla con conservazione del contratto) e relative (invocabili soltanto dalla parte “protetta”), e che, per contro, l'attribuire alla nullità virtuale tali caratteristiche si scontra sia con il disposto dell'art. 1421 c.c. “*che fa della legittimazione assoluta all'azione di nullità (e della rilevabilità d'ufficio) una regola derogabile solo dal legislatore ....*” (D'AMICO, *cit.*, 58), sia con il disposto dell'art. 1419, 2° comma, c.c. in base al quale parrebbe ammissibile la sostituzione delle clausole nulle solo con clausole ricavate da norme imperative.

La citata teorizzazione dottrinarica perviene dunque alla conclusione per cui il sistema delle invalidità negoziali non può essere integrato da ipotesi di invalidità desunte dalla violazione della regola della buona fede *in contrahendo*, violazione alla quale consegue il solo rimedio risarcitorio (più possibilista invece GALLO, *La Responsabilità precontrattuale. La fattispecie*, cit., 320).

La negazione di ogni interferenza tra regole di validità e regole di responsabilità è stata affermata anche dalla Cassazione, dapprima con la sentenza della Sezione I in data 29.9.2005, n. 19024 (in *Resp. Civ. prev.*, 2006, 1080, con nota di GRECO, seguita nella giurisprudenza di merito da Trib. Trani, 6.6.2007, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)), poi con le note sentenze Cass., Sez. un., 19.12.2007, n. 26724 e 26725 (in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)), in materia di violazione degli obblighi gravanti sull'intermediario finanziario (la questione alle Sezioni Unite è stata rimessa da Cass., 16.2.2007, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) : *“Si rimette alle Sezioni Unite il contrasto di giurisprudenza in ordine alle conseguenze derivanti dalla violazione dei doveri informativi degli intermediari finanziari. All'orientamento secondo il quale «la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a tale ipotesi» si contrappone quello per cui «in presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di un'espressa sanzione di nullità non è rilevante ai fini della nullità dell'atto negoziale in conflitto con il divieto, in quanto vi sopperisce l'art. 1418, comma primo, c.c., che rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità”*).

La sentenza del 2005, cui espressamente le Sezioni Unite fanno riferimento, riconosce l'operatività della nullità virtuale solo quando la contrarietà a norme imperative riguardi elementi intrinseci del contratto, e dunque la struttura o il contenuto del medesimo, laddove, essendo la materia degli obblighi informativi dell'intermediario finanziario costituita da dichiarazioni esterne al contratto, anche se ad esse preliminari e funzionali, deve essere esclusa la configurabilità della nullità virtuale quale conseguenza derivante dalla violazione di tali obblighi.

Il fondamento della decisione, ripreso poi anche dalle Sezioni Unite, è dunque costituito dalla distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità: si riafferma, in altre parole, che le regole di comportamento non possono avere alcuna ricaduta sulla validità del contratto (v. GRECO, *Violazione di regole comportamentali e tutela: il “subbuglio” giurisprudenziale*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)); qualora dunque la violazione dei doveri di comportamento non incida sulla struttura o sul contenuto del regolamento contrattuale, essa varrà come fonte di responsabilità precontrattuale e potrà comportare responsabilità risarcitoria ma non nullità, tenuto conto che nel settore dei mercati finanziari, “... non è dato assolutamente rinvenire indici univoci dell'intenzione del legislatore di trattare sempre e comunque le regole di comportamento, ivi comprese quelle concernenti i doveri di informazione dell'altro contraente, alla stregua di regole di validità degli atti” e ciò anche perché i doveri di comportamento risultano essere strettamente legati alle circostanze del caso concreto e non si presterebbero ad essere valutati in base a regole predefinite.

E tale ultima affermazione corrobora e rafforza quella tesi dottrina secondo cui le ipotesi in cui dalla violazione di una norma di comportamento viene fatta discendere la nullità dell'atto sono, a ben vedere, ipotesi specificamente previste dal legislatore, che possono essere ricondotte a nullità testuali ex art. 1418, 1° comma (e non 3° comma) c.c. (così GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, 1 ss.), e, comunque, sono frutto di espresse scelte del legislatore in specifici settori (v. D'AMICO, *cit.*, 59; il riferimento è all'art. 9 l. 192/1998 sulla subfornitura, che commina la nullità del patto tra imprenditori affetto da abuso di dipendenza economica; all'art. 2 d.lgs. 122/2005, per cui è nulla la compravendita immobiliare in cui il costruttore alienante non rilasci fideiussione; all'art. 76 Codice del Consumo, secondo cui è nullo l'acquisto di multiproprietà in cui l'alienante non rilasci fideiussione; all'art. 52, 3° comma, del Codice del Consumo, secondo cui è nullo il contratto telefonico in cui il professionista non abbia subito dichiarato al consumatore la propria identità e lo scopo commerciale della chiamata; sul punto v. anche GENTILI, *Disinformazione ed invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti*, 2008, 393 ss.)

In questo contesto, quindi, le Sezioni Unite, nelle due sentenze del 2007, enunciano il principio “*per cui la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla*

*prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione in questione”* (nel senso della esclusione della rilevanza delle violazioni all'art. 1337 c.c. in termini di nullità, v. Cass., 18.10.1980, n. 5610, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 167).

Soluzione questa che è meno agevole per l'investitore “...sia perché essa presuppone la violazione dell'obbligo di diligenza professionale dell'intermediario, sia perché il cliente ha l'onere dell'allegazione dell'inadempimento dell'intermediario e della prova del danno e del nesso causale, sia perché l'intermediario è ammesso a provare il concorso del cliente nella causazione del danno – rilevabile anche d'ufficio – o una mancanza di diligenza che abbia contribuito a causarne l'aggravamento” (v. MAFFEIS, “Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere”, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

Le statuizioni delle Sezioni Unite sono state fatte oggetto di rilievi critici da parte di quella dottrina che, per quanto interessa ai fini della presente trattazione, da un lato rileva che la nullità per mancanza o violazione degli elementi intrinseci del contratto sarebbe regolata espressamente dal 2° comma dell'art. 1418, per cui -salvo negargli qualsivoglia contenuto sostanziale- il 1° comma dovrebbe riguardare ipotesi diverse, quali appunto per es. quelle conseguenti a violazioni di obblighi di comportamento relativi ad elementi secondari ed estrinseci al contratto (del resto la giurisprudenza di legittimità ha più volte riconosciuto la nullità virtuale per violazione di norme imperative non riguardanti gli elementi strutturali o il contenuto del contratto: v. Cass., 19.9.2006, n. 20261, in *Foro it.*, 2007, I, 1519, per l'ipotesi di mancanza di prescritta autorizzazione a contrarre; Cass., 15.3.2001, n. 3753, in *Giur. it.*, 2001, 2083 per l'ipotesi di mancanza di iscrizione all'albo di una sim), dall'altro valorizza il disposto dell'art. 1337 c.c. in termini di clausola generale ed imperativa, osservando che l'inidoneità del principio di buona fede a tradursi in regola di validità del contratto

deriva unicamente dalla scelta operata dal codice civile di sanzionare le ipotesi più rilevanti di scorrettezza nella fase di conclusione del contratto non con la nullità, ma con la annullabilità o la rescindibilità; come notato incidentalmente dalle stesse Sezioni Unite nelle decisioni del 2007, infatti, il dolo, la violenza, l'approfittamento dell'errore, dello stato di pericolo o di bisogno costituiscono esempi tipici di comportamento contrario a correttezza e buona fede che il legislatore ha scelto di sanzionare con i rimedi di cui agli artt. 1427 ss. c.c.

Anche l'affermazione delle Sezioni Unite secondo cui le regole di comportamento, in quanto sempre collegate a mutevoli casi concreti, non potrebbero assurgere a regole di validità è discutibile nella misura in cui anche i vizi della volontà, pur astrattamente tipizzati dal codice civile, presentano delle connotazioni (si pensi alla essenzialità dell'errore o al suo essere o meno determinante del consenso, o alla natura determinante del dolo in quanto inserito in una condotta di artifici e macchinazioni ovvero ancora all'idoneità o meno della violenza a fare impressione su una persona sensata non rilevano in via generale ed astratta) tali da poter essere valutate diversamente a seconda delle peculiarità della fattispecie in esame e della soggettività di chi si trova a decidere.

In senso analogo si pone quella dottrina che, pur partendo dal principio per cui *“non c'è mai invalidità per mera violazione di norme comportamentali”* richiede che l'interprete si debba ogni volta domandare *“... se nella specie la violazione di una regola di comportamento sia lesiva ma senza riflessi sulla conformazione della regola o se incida anche sul processo di formazione della regola, determinando, oltre il pregiudizio agli interessi altrui, pure una concomitante negativa incidenza sulla regola negoziale, che possa giustificare l'invalidità”* e ciò perché quando il comportamento variamente illecito di una parte *“interferisce con la corretta formazione della regola, allora è la sua stessa conformazione che ne riesce alterata”*, generandone la invalidità (GENTILI, *Disinformazione e invalidità*, cit., 399).

Si propende quindi per l'esistenza di eccezioni al principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, e si finisce per configurare, per es. ed

anzitutto nel campo della disciplina del mercato finanziario, una sorta di eccezione inespressa ma implicita rispetto al normale rapporto tra regole di validità e regole di comportamento (GENTILI, *op. cit.*, 398).

Con approccio prettamente sostanziale si perviene quindi ad affermare, in questo contesto, al di là del fatto che le Sezioni Unite abbiano avuto come “*principale preoccupazione*” (GENTILI, *cit.*) quella di ribadire la tradizionale distinzione tra regole di condotta e regole di contenuto: a) che, tuttavia, oggetto dei contratti di intermediazione finanziaria (posto che le singole operazioni di investimento sarebbero veri e propri contratti di acquisto intermediato di valori mobiliari e non meri comportamenti esecutivi del contratto quadro) è proprio la convenienza del titolo, per cui l’omissione di informazioni da parte dell’intermediario induce l’investitore in un errore, essenziale, sulla convenienza economica dell’operazione, riconoscibile da chi lo ha consapevolmente o quanto meno colposamente causato; b) che pertanto il consenso dell’investitore risulta essere così radicalmente viziato da comportare l’invalidità del negozio.

Tale dottrina, suggestiva nell’evidenziare come “*l’investitore di tipo prudente che acquisti un titolo ad alto rischio solo perché non ne è consapevole non essendo stato avvertito, vuole l’acquisto ? C’è volontà nell’acquistare, senza saperlo, proprio ciò che si voleva evitare ?*” (GENTILI, *op. cit.*, 401), pur potendo essere considerata come tentativo di interpretazione estensiva dei tradizionali vizi del consenso, può anche essere valutata in termini di applicazione in un caso specifico della teoria dei cd. vizi incompleti: la valorizzazione dell’errore sulla convenienza economica dell’operazione di investimento conduce infatti l’interprete ad auspicare, sul piano dei rimedi, una tutela non solo risarcitoria ma anche di eliminazione del contratto viziato. E che punto centrale delle decisioni delle Sezioni Unite sia anche la definizione del rapporto tra tradizionali vizi del consenso ed opzioni interpretative volte alla estensione dei medesimi in forza della clausola generale di buona fede, si evince dalla considerazione, espressa nelle citate sentenze del 2007, secondo cui “... *le informazioni che debbono essere preventivamente fornite dall’intermediario non*

*riguardano direttamente la natura e l'oggetto del contratto, ma (soltanto) elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione e non sono quindi idonei ad integrare la mancanza di consenso*", donde, in caso di violazione degli obblighi informativi dell'intermediario, "*... appare arduo sostenere che sol per questo il consenso manca del tutto ed i vizi del consenso -se pur di essi si possa parlare- non determinano la nullità del contratto, bensì solo la sua annullabilità, qualora ricorrano le condizioni previste dagli artt. 1427 e ss.*".

La Suprema Corte, pertanto, ripropone la tradizionale tematica della irrilevanza dell'errore sul valore e sulla convenienza economica anche nella materia della intermediazione finanziaria, escludendone implicitamente (dato che la questione non viene neppure affrontata) ogni possibile riconducibilità alla categoria dell'*error in qualitate*.

Nelle stesse decisioni del 2007, tuttavia, non si esclude completamente la possibilità di garantire, accanto alla tutela risarcitoria derivante ex art. 1337 c.c. dalla violazione di regole di comportamento, anche una tutela invalidante e caducatoria del contratto stipulato a condizioni squilibrate per la parte più debole.

Se, come è stato notato, aleggia nel contesto delle citate decisioni il riferimento ai vizi del consenso ed al rimedio della annullabilità ex artt. 1427 ss. c.c. (v. GENTILI, *op. ult. cit.*), rimedio che pare adeguato per la protezione degli interessi lesi (posto che altrimenti si dovrebbe dubitare della ragionevolezza di tale rimedio proprio in relazione ai tradizionali vizi del consenso, che sono indubbiamente comportamenti che minano gravemente l'interesse generale alla pace sociale ed alla sicurezza dei rapporti economici), suscita anche consenso in dottrina la tesi per cui il contratto concluso in modo scorretto potrebbe essere eliminato ai sensi e per gli effetti dell'art. 2058 c.c. (salvo il noto limite normativo della eccessiva onerosità), con conseguente compatibilità tra violazione degli obblighi ex art. 1337 c.c. e caducazione del contratto (in questo modo, dunque, per il tramite della tutela risarcitoria in forma specifica si perviene a configurare la sostanziale possibilità di caducazione del contratto affetto da vizi incompleti: v. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2008, 936 ss.).

In ultima analisi, quindi, già dal contesto normativo delineato dal codice civile, come elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, possono emergere soluzioni idonee a tutelare la parte lesa dal contratto stipulato a condizioni inique: a ciò aggiungasi poi l'influsso della "modernità" (v. GENTILI, *cit.*, 401), posto che la massiccia produzione legislativa europea impone all'interprete di confrontarsi con principi che vanno oltre (per essere talora addirittura sconosciuti) rispetto ai regimi di validità o di responsabilità delineati dall'ordinamento interno.

Un eventuale futuro nuovo pronunciamento della Suprema Corte che tenga conto della normativa sopravvenuta (va ricordato infatti che la fattispecie sottoposta all'esame delle Sezioni Unite era assoggettata alla disciplina di cui alla l. 1/1996 e che nelle decisioni citate "*Il Relatore si fa scrupolo in entrambe le sentenze di datare al 1995 il principio di diritto affermato, ricordando che la Corte sta elargendo il principio vigente al tempo dei fatti, e così dodici anni fa: si legge che "molte delle disposizioni invocate a sostegno (della nullità) sono posteriori ai fatti di causa, e non varrebbero quindi a dimostrare che già a quell'epoca il legislatore avesse abbandonato la tradizionale distinzione (tra regole di validità e di responsabilità)". Resta lo smarrimento sul significato della nomofilachia, posto che il principio di diritto enunciato nel 2007 e sul quale ci interroghiamo nel 2008 è dichiaratamente quello vigente nel 1995 e quindi non può risolvere il contrasto attuale fra le corti di merito, che è vivacissimo*": così MAFFEIS, *cit.*; rispetto al contesto temporale cui hanno fatto riferimento le Sezioni Unite è per es. intervenuto l'art. 16, 4° comma, d.lgs. 19.8.2005, n. 190 in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori che espressamente prevede la nullità del contratto in caso di omessa informativa da parte dell'intermediario, nonché gli artt. 67 *septies decies* e 67 *octies decies* del Codice del Consumo) ovvero una maggiore valorizzazione dei principi sottesi alle teorizzazioni in materia di vizi incompleti e di sorpresa contrattuale costituiscono evenienze tali da comportare un possibile differente impostazione del sistema dei rimedi utilizzabili in caso di riscontrata ingiustizia contrattuale.

Lungi dal supinamente aderire allo *status quo*, come definito dalle recenti sentenze delle Sezioni Unite (di portata sistematica tale da valicare i confini dello specifico settore dell'intermediazione finanziaria rispetto al quale si sono espresse), l'operatore del diritto dovrà farsi carico, anche in relazione alle peculiarità del singolo caso concreto, di decidere se situazioni di disparità e significativo squilibrio tra i contraenti, dovute ad accertate e ritenute violazioni di obblighi attinenti alla fase di

formazione del contratto, possano, in assenza di previsione testuale, dare luogo alla eliminazione del contratto concluso a condizioni sconvenienti, operazione questa particolarmente complessa a fronte dell'eventuale scelta di armonizzazione fra categorie tradizionali e principi innovativi in un contesto di diverse discipline normative di differente derivazione e spesso tra loro concorrenti.

