

23.

DAL *DOLUS BONUS* ALLA *RÉCLAME* NON OBIETTIVA. A MARGINE DEI DUE SAGGI DI GIOVANNI CRISCUOLI

GUIDO SMORTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’indagine storica. Il diritto romano. – 3. (*segue*). Il diritto intermedio. – 4. Il dolo nel testamento e nel contratto. – 5. (*segue*). Critica della partizione. – 6. L’intenzione del *deceptor* e l’idoneità dei mezzi di inganno. – 7. Dieci anni dopo. La scoperta del *common law* e l’applicazione delle teorie sul *dolus bonus* alla pubblicità ingannevole. – 8. La *réclame* non obbiettiva come mezzo di concorrenza sleale e come reato. – 9. La *réclame* non obbiettiva come mezzo di inganno nella formazione dei contratti. – 10. Un bilancio cinquant’anni dopo. – 11. Conclusioni.

1. Premessa

Nel 1957, all’inizio di una lunga e ricca stagione di ricerca e di studi durata oltre quarant’anni, Giovanni Criscuoli pubblicava sugli *Annali del Seminario giuridico dell’Università di Palermo* un lungo saggio dal titolo “Il criterio discretivo tra *dolus bonus* e *dolus malus*”¹.

Si tratta di un tema che l’Autore stesso definirà in seguito “circoscritto ma esemplare”, come molti di quelli che prediligerà anche nel seguito delle proprie ricerche.

L’esigenza di una rivisitazione della materia del dolo non nasce, infatti, solamente dall’opportunità di tracciare con chiarezza il confine tra *dolus bonus* e *dolus malus* al fine di stabilire quando il negozio è invalido.

Ad interessare il giovane studioso sono soprattutto le implicazioni più

¹ G. Criscuoli, *Il criterio discretivo tra dolus bonus e dolus malus*, in *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo*, vol. XXVI, Palermo, 1957, 5 ss., cui si rinvia per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali citati dall’Autore e non riportati in questo scritto.

generali del tema: avvertire la linea che segna l'astuzia e la coazione lecita dall'inganno e dal ricatto è uno dei maggiori problemi morali che il diritto civile si trova ad affrontare.

L'Autore traccia innanzitutto la distinzione tra elemento soggettivo ed elemento oggettivo del dolo: il primo rappresentato da quello che, con espressione latina, si definisce *animus decipiendi*; il secondo dagli artifici e raggiri adoperati per indurre altri a concludere il contratto.

Nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del tempo la linea di demarcazione tra *dolus bonus* e *dolus malus* è individuata alternativamente nell'uno o nell'altro di questi due elementi.

In particolare, una prima corrente di pensiero identifica nell'intenzione di ingannare, valutata tenendo conto della coscienza sociale nel dato momento storico, l'elemento differenziale tra le due fattispecie, salvo poi dividersi tra chi ritiene che basti ad integrare il dolo la semplice intenzione di ingannare e chi giudica necessaria la sussistenza dell'intenzione di danneggiare. Un secondo indirizzo individua la differenza tra *dolus bonus* e *dolus malus* nei mezzi utilizzati per ingannare: gli artifici del *deceptor*, secondo questo orientamento, devono essere tali da trarre in inganno una persona di intelligenza e diligenza ordinarie.

Entrambi gli orientamenti – osserva l'Autore – sono frutto di una visione del processo di formazione del negozio giuridico bilaterale secondo cui le parti sono sì tenute ad osservare le regole della correttezza nelle trattative, ma tali obblighi sono complementari a quelli di diligenza che gravano su entrambe le parti.

Appoggiandosi all'autorità di noti brocardi – "*licet mercatoribus sese invicem circumvenire*", "*licet contraentibus se circumvenire*" – il richiamo alla coscienza sociale ed alla pratica degli affari serve sovente a giudicare con indulgenza tutte quelle forme di reclamistica laudazione che non si limitano alla generica vanteria o alla reticenza, per arrivare a tollerare anche l'uso della bugia purché questa non sia rafforzata da mezzi obiettivi di inganno idonei a sorprendere la buona fede altrui. In tal modo imprimendo un marchio di liceità a tecniche e comportamenti considerati da dottrina e giurisprudenza facili a scoprirsi e, come tali, tollerabili nella prassi degli affari.

Chiamando in causa il senso critico e l'autoresponsabilità dei contraenti, entrambe le tesi concludono che in molti casi sia la parte ingannata a dover sopportare le conseguenze dell'inganno per non aver usato l'ordinaria diligenza.

Il risultato è che rientrano nel dominio del *dolus bonus* tutte le furberie, malizie, lusinghe, vanterie, consentite ed utilizzate nella vita degli affari, alle quali ogni soggetto del diritto deve essere adusato e preparato.

2. L'indagine storica. Il diritto romano

L'insoddisfazione dell'Autore per questo stato di cose lo spinge innanzitutto a ripercorrere in chiave critica l'evoluzione storica del concetto di *dolus* nella tradizione giuridica romana allo scopo di ricostruire le ragioni originarie sottese all'elaborazione della categoria.

In una lunga e dettagliata analisi storica che si snoda lungo tutta la prima metà del saggio, Criscuoli ripercorre in modo puntuale le fonti romane sul dolo negoziale al fine di rivedere il modo in cui tali autori sono stati interpretati.

Ad essere oggetto di valutazione critica è soprattutto la lettura, corrente nella civilistica del tempo, secondo la quale nel diritto romano ed intermedio l'elemento discretivo tra *dolus bonus* e *dolus malus* fosse l'astratta idoneità ad ingannare.

La distinzione tra *dolus bonus* e *dolus malus* si rinviene per la prima volta in un passo di Ulpiano, secondo il quale “*non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant, et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur*” (Dig. 4, 3, 1, 3).

Secondo molti interpreti questo passo sarebbe alla base di quella distinzione tra *sollertia* e *machinatio* – la prima intesa come tutte quelle tecniche lecite che un buon commerciante mette in opera per fare affari, la seconda come vero e proprio artificio in grado di trarre in inganno – che distinguerebbe le ipotesi tollerate di vanterie commerciali dal vero e proprio inganno che determina l'invalidità del negozio.

In realtà, osserva Criscuoli, a distinguere *sollertia* e *machinatio* non è affatto la loro astratta idoneità ad ingannare, quanto piuttosto l'intenzione del *deceptor*.

Nella *sollertia* l'autore dell'affermazione sa perfettamente che controparte è in grado di avvertire l'insincerità di quanto detto e di non riporre particolare affidamento sulla dichiarazione; al contrario di quanto accade nel caso di vero e proprio inganno teso a far cadere in errore controparte.

La ragione originaria della rilevanza dell'intenzione di ingannare come criterio principe di definizione è da ricercare nella funzione sanzionatoria dell'illiceità del comportamento del *deceptor* – e solo in via riflessa di tutela della volontà del *deceptus* – di cui l'istituto del dolo è espressione.

Questo criterio originario dell'intenzione di ingannare – prosegue il nostro Autore – mantiene intatta la propria validità per tutto il periodo classico. Lo testimoniano la nota definizione di Labeone, secondo cui “*dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*”, e quella di Servio, il quale nel primo secolo avanti Cristo definisce il dolo “*machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur*” (Dig. 4, 3, 1, 2).

Nel diritto romano il criterio discretivo tra *dolus bonus* e *dolus malus* è,

dunque, da ravvisarsi esclusivamente nell'intenzione di ingannare, mentre la presunta astratta idoneità ad ingannare della *machinatio* non emerge mai dall'esame delle fonti classiche.

Lo stesso diffuso riferimento alla *magna et evidens calliditas* (Dig. 4, 3, 7, 10) – comunemente richiamato dalla letteratura civilistica per avvalorare la tesi della prevalenza dell'elemento oggettivo nel diritto romano – oltre che essere frutto di interpolazioni successive, non indica affatto il requisito di obiettiva idoneità del mezzo di inganno ma ha valore puramente esemplificativo dell'intenzione malevola del *deceptor*.

Nel diritto romano classico il criterio discretivo rimane quello dell'*animus* di chi pone in essere raggiri, mentre resta sconosciuta ogni considerazione sul raggiungimento dell'effetto del dolo. Ed infatti, in coerenza con queste premesse i rimedi concessi contro il dolo sono concepiti come sanzioni a fronte della commissione di atti illeciti piuttosto che come mezzi di tutela della volontà del *deceptus*.

Questa impostazione rimane sostanzialmente inalterata anche nel diritto giustiniano, dove la distinzione tra *dolus bonus* e *dolus malus* continua ad essere rintracciata nella coscienza di recare torto ad altri: una concezione, questa, derivata dagli autori greci e che – sottolinea Criscuoli – si sposa perfettamente con il nuovo spirito romano e con i principi del Cristianesimo.

In questo quadro, l'elemento oggettivo non è del tutto irrilevante ma svolge una funzione probatoria, di verifica della qualità dell'intenzione del *deceptor*, premessa per una diversa ed autonoma rilevanza e per la transizione dal criterio soggettivo al criterio oggettivo, che si compirà però molto più tardi.

3. (segue). Il diritto intermedio

Anche nel diritto intermedio il criterio discretivo tra *dolus bonus* e *dolus malus* rimane saldamente ancorato all'accertamento dell'elemento subiettivo dell'intenzione dell'agente.

Del resto – osserva Criscuoli – per i Padri della Chiesa il dolo è una questione di coscienza, salvo poi stabilire come valutare questa intenzione, se sotto l'aspetto meramente spirituale o prevalentemente pratico.

È con i canonisti che il concetto di *dolus bonus* acquista un significato completamente diverso rispetto al passato, attraverso l'elaborazione del *dolus in spiritualibus*, una forma particolare di dolo consistente nel raggirare malizioso a causa della quale il *deceptus* viene indotto a procurarsi un bene spirituale. Nel diritto canonico tale figura si caratterizza per l'effetto del raggirare: se volto ad un vantaggio spirituale è *dolus bonus*, altrimenti *dolus malus*.

Se è vero che con i glossatori l'effetto dell'inganno si sposta dalla dimensione spirituale a quella patrimoniale allo scopo di garantire la riparazione

del danno sofferto, tuttavia la transizione dall'intenzione all'effetto dell'inganno non può dirsi compiuta.

Ancora in Accursio troviamo tanto le basi della nuova dottrina, fondata sull'effetto dell'inganno, quanto il richiamo alla dottrina precedente, che guardava invece all'intenzione del *deceptor*. Il requisito della *magna calliditas* viene ora a dipendere dall'entità del danno: se *ultra duos aures* determina *dolus malus*; *dolus bonus* se il danno è minore.

L'intenzione non è più l'unico criterio su cui basare l'accertamento del dolo e si inizia a guardare all'effetto prodotto per stabilire la rilevanza giuridica del dolo.

Con i commentatori del XIV e XV secolo, in particolare con Baldo, il riferimento all'*intentio* – caratterizzata dall'*animus lucri* e non semplicemente dall'*animus decipiendi* – si lega all'entità del danno: se superiore alla metà del giusto prezzo si dà sempre risarcimento, se inferiore il dolo è irrilevante perché si presume non fatto a scopo di lucro.

Mentre ancora in Bargaglio, autore del primo trattato in materia, tale criterio è individuato sotto l'influsso teologico e canonista nell'*animus* dell'agente ("*ex intentione auctoris: iuvandi vel nocendi causa*"), è Alciato, in pieno Rinascimento, a porre il criterio discretivo tra *dolus bonus* e *dolus malus* o nell'effetto o nella persona del *deceptor* o nei mezzi d'inganno.

Il bilancio di questa attenta indagine storica è, per Criscuoli, di segno opposto all'opinione largamente dominante tra la civilistica del tempo.

L'idea diffusa che il criterio preponderante nel diritto romano e nel diritto intermedio fosse quello dell'idoneità della macchinazione non tiene al vaglio delle fonti: i passi solitamente portati a sostegno di questa tesi non hanno affatto il peso ed il significato comunemente attribuito ad essi, ma portano invece a concludere che i criteri più comuni fossero quelli dell'*animus* e dell'effetto.

4. Il dolo nel testamento e nel contratto

Terminata l'analisi storica, Criscuoli affronta il cuore della questione: il criterio discretivo tra *dolus bonus* e *dolus malus* nel diritto positivo.

L'analisi dell'Autore parte da una critica radicale nei confronti delle posizioni espresse in dottrina le quali, pur individuando alternativamente nell'*animus* del *deceptor* o nel mezzo di inganno la differenza tra *dolus bonus* e *dolus malus*, finiscono per frantumarsi in una pluralità di varianti a causa del diverso modo di concepire rispettivamente l'intenzione o il grado di idoneità dell'inganno. Da qui l'esigenza di abbandonare i due criteri in parola – *animus* e *machinatio* – a favore di un principio diverso, che faccia dipendere l'annullamento del negozio dalla circostanza che si sia raggiunto l'effettivo inganno indipendentemente da ogni astratta ed aprioristica quali-

ficazione di idoneità dell'intenzione o della macchinazione.

Il dato di partenza dell'analisi è la lettera del codice civile ed in particolare quell'art. 1439 c.c. che, in linea di continuità con l'art. 1115 del codice previgente, individua nell'uso di raggiri tali che l'altro senza di essi non avrebbe contrattato, ciò che identifica il concetto generale di *dolus malus*.

Il primo argomento portato a sostegno di questa originale tesi è, dunque, la lettera stessa della legge, ed in particolare l'art. 1439 c.c., il quale stabilisce che: "il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati *tali* che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato".

Una simile formula – osserva Criscuoli – ed in particolare l'uso dell'espressione "tali" riferita ai raggiri, indica chiaramente la necessità di un nesso causale tra mezzi impiegati ed effetto raggiunto, e dimostra come il fulcro di tutta la disposizione legislativa risieda proprio nell'effettivo raggiungimento dell'inganno.

Quanto agli altri due elementi – l'intenzione ed il raggirio – è necessario, a giudizio dell'Autore, che ricorrano entrambi, indipendentemente però dal loro livello di intensità: è sufficiente che vi sia l'*animus decipiendi*, non importando il grado, e la macchinazione, a prescindere dall'astratta idoneità ad ingannare.

L'effettivo inganno rappresenta così l'unico elemento valido per stabilire la distinzione tra le due figure di dolo.

Il criterio discretivo dell'inganno proposto dal nostro Autore, del resto, è quello adottato in materia testamentaria.

È interessante notare, a tal proposito, come sotto l'impero del codice del 1865 mancasse una disciplina specifica del dolo per la materia testamentaria e si ricorresse all'applicazione in via analogica della disciplina contrattuale.

Ciò nonostante – sottolinea Criscuoli – la dottrina dell'epoca distingueva il dolo nel contratto da quello in materia testamentaria, ritenendo annullabile il testamento viziato da dolo per la sola circostanza dell'effetto sulla volontà del *deceptus*. Mentre era considerata irrilevante l'astratta idoneità ingannatoria della condotta e l'intensità dell'intenzione del *deceptor*.

La tesi secondo cui in campo testamentario non sia necessario accertare l'astratta idoneità ad ingannare del dolo si rafforza con l'entrata in vigore del codice del 1942, sotto la cui vigenza si inizia a consolidare una giurisprudenza che ritiene sufficiente ad integrare il dolo invalidante in materia testamentaria qualsiasi comportamento malizioso che abbia effettivamente influito sulla volontà del testatore.

La ragione di questo trattamento differenziato risiederebbe nella maggiore tutela che l'ordinamento accorda alla volontà del *de cuius* rispetto a quella del contraente, dovuta alla prevalenza in materia testamentaria della volontà sulla dichiarazione.

Il testamento è negozio unilaterale non recettizio e, come tale, perfetto indipendentemente dalla circostanza di essere stato portato a conoscenza de-

gli interessati. Non dovendosi proteggere la buona fede di terzi – prosegue il ragionamento in esame – è possibile tutelare senza riserve la volontà del disponente.

L'interpretazione dominante in materia testamentaria riconosce, pertanto, che il dolo nel testamento dipende esclusivamente dal raggiungimento dell'inganno del testatore, mentre l'*animus decipiendi* e la *machinatio* sono solo antecedenti causali dell'inganno, indipendentemente dalla loro astratta intensità.

5. (segue). Critica della partizione

In opposizione all'impostazione, largamente dominante tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che traccia una netta distinzione tra il dolo nel contratto e nel negozio testamentario, Criscuoli ritiene invece che il concetto di dolo debba essere ricostruito in modo unitario. Ed afferma che sia proprio la concezione prevalente in materia testamentaria, di maggiore tutela della volontà del *deceptus*, a dover trovare applicazione in materia contrattuale.

In entrambi i casi, oggetto di tutela è la libera formazione della libertà individuale, e questo vale allo stesso modo per tutti i negozi: non esistono, pertanto, ragioni per considerare in modo differente il dolo nel contratto e nel testamento.

La *ratio* di un diverso trattamento di contratti e atti unilaterali, comunemente identificata nella tutela dell'affidamento che in ambito contrattuale la dichiarazione possa aver fatto insorgere sulla controparte, non può essere invocata nel caso di dolo negoziale, poiché qui la tutela dell'affidamento riguarderebbe lo stesso soggetto che ha posto in essere l'inganno.

Appoggiandosi all'autorità di Jhering – conclude il nostro Autore – “può l'ingannatore rimproverare all'ingannato, di averlo preso per un galantuomo? Se si l'azione di dolo non varrebbe niente; il furbo non ne ha bisogno e chi si fa imbrogliare non fu furbo”. E conclude, ricorrendo alle parole di Laurent, che “ogni inganno che reca un pregiudizio dà diritto ad una riparazione”.

Le esigenze di tutela dell'affidamento che comunemente vengono invocate per tracciare una distinzione tra regole contrattuali e regole testamentarie, e per garantire al testatore una tutela della volontà più intensa di quella riservata ai contraenti, non possono, dunque, essere invocate in tema di dolo, posto che non esiste alcun affidamento frustrato.

Né ci si può appellare, a sostegno della tesi dominante, al principio *vigilantibus jura succurrant*, secondo il quale, utilizzando una maggiore larghezza nel definire il dolo, si finirebbe per offrire tutela eccessiva alla volontà del *deceptus*.

Anche su questo punto – osserva Criscuoli – il brocardo non può trovare

applicazione in caso di consenso viziato dall'agire doloso altrui, dove risulta più urgente tutelare l'imprudente, il distratto, prima ancora che l'accorto buon padre di famiglia.

Ugualmente da rigettare, ad avviso del nostro Autore, è infine la tesi che pone a sostegno di un maggior rigore nella valutazione del dolo invalidante nei contratti il danno alla sicurezza dei commerci che deriverebbe da una valutazione troppo generosa delle condizioni in presenza delle quali ammettere l'annullamento del contratto. E ciò per la stessa ragione espressa prima, secondo cui non si può trattare allo stesso modo la divergenza tra volontà e manifestazione quando questa origini, come nel nostro caso, da un comportamento doloso.

Infine, a rafforzare la tesi dell'equiparazione di dolo contrattuale e testamentario concorrerebbe anche la lettera della norma sul dolo c.d. incidente, secondo cui "se i raggiri non sono stati *tali* da determinare il consenso, il contratto è valido" (art. 1440 c.c.), dove l'espressione "tali" ha il medesimo significato della stessa espressione contenuta nell'art. 1439 c.c.

Anche in questo caso sembra essere esclusa qualsiasi indagine sulle caratteristiche del raggio, essendo rilevante esclusivamente il dato obiettivo dell'inganno della vittima. In tal modo stabilendo una configurazione identica per il *dolum causam dans* e per quello *incidens*.

Né il dato letterale, né l'interesse di terzi, né l'affidamento collettività possono, dunque, giustificare il sacrificio del *deceptus*.

Il criterio discretivo tra *dolus bonus* e *dolus malus* in campo contrattuale non può, dunque, che essere identificato, come per il testamento, nell'inganno effettivo del *deceptus*.

6. L'intenzione del *deceptor* e l'idoneità dei mezzi di inganno

Le posizioni assunte da Criscuoli assumono un deciso carattere di originalità di fronte alla netta preferenza di dottrina e giurisprudenza dominanti per il criterio dell'idoneità dell'intenzione del *deceptor* (c.d. *animus decipiendi*) o, ancor più di frequente, dell'idoneità dei mezzi di inganno.

Le critiche del nostro Autore ai due orientamenti dominanti sono articolate.

Quanto alla tesi dell'intenzione, secondo cui il *dolus bonus* ricorrerebbe quando l'agente non intenda ingannare la controparte, questa non spiega come possa ricorrere un caso di dolo (seppur *bonus*) in assenza della volontà di ingannare.

L'intento di ingannare, infatti, è elemento costitutivo del dolo ed in sua assenza mancherebbe a monte il dolo, a prescindere da qualsiasi ulteriore qualificazione come *bonus* o *malus*.

D'altra parte, distinguere *dolus bonus* e *dolus malus* in base alla buona o cattiva fede del *deceptor* non tiene conto che chi usa un raggio è sempre

consapevole del valore negativo della propria azione e che tale elemento è comune ad entrambe le due specie di dolo.

Quanto alla seconda tesi sottoposta a revisione critica, quella dei mezzi di inganno, le critiche si appuntano principalmente sul richiamo alla coscienza sociale come elemento di distinzione tra le diverse forme di dolo.

L'orientamento dominante basato sull'idoneità della *machinatio* ritiene che vi sia *dolus malus* quando i raggiri utilizzati siano tali da cagionare l'inganno di un contraente di ragionevole avvedutezza secondo la coscienza sociale di un dato momento storico, mentre nel caso contrario si verta in un caso di furberia lecita.

Al contrario, perché ci sia dolo per Criscuoli è sufficiente che la *machinatio* costituisca l'antecedente causale tra l'intenzione fraudolenta e l'inganno quando possa subiettivamente essere imputata all'agente.

La tesi dell'idoneità astratta della macchinazione – afferma l'Autore – crea molti inconvenienti, posto che, a trarne le logiche conseguenze, rimarrebbero validi e tutelati dall'ordinamento giuridico negozi non voluti.

L'Autore si oppone, infine, alle tesi secondo cui non sarebbero mezzi sufficienti bugie o mendaci quando manchi il raggio, posta l'inesistenza di un obbligo dei contraenti di dire la verità, ed afferma la sussistenza di un obbligo, che incombe sulle parti, di parlare chiaro.

Anche il *non facere* può essere sufficiente ad integrare un caso di dolo, ogni volta che attraverso comportamenti negativi o omissivi si cagioni l'inganno della vittima: ad esempio quando il contraente, conoscendo l'errore in cui versi controparte, non la renda edotta del suo stato e ne approfitti per concludere l'affare, ovvero nel caso di silenzio su una circostanza che controparte avrebbe interesse a conoscere.

Il silenzio può, dunque, al pari di un raggio positivo, costituire mezzo d'inganno utilizzato consapevolmente per sviare la volontà altrui e, come tale, integrare un caso di dolo.

L'idoneità astratta della macchinazione dovrebbe al più riguardare il profilo processuale ed investire la dimensione probatoria del dolo.

In base all'*id quod plerumque accidit*, chi pretenda di essere stato ingannato ha, secondo questa ricostruzione, un onere della prova meno gravoso di chi intenda provare l'avvenuto sviamento della volontà attraverso atti ritenuti non idonei dalla coscienza sociale. Ferma restando la possibilità per la vittima di provare con ogni mezzo che una *machinatio* obiettivamente inidonea abbia comunque cagionato un inganno, rendendo così il contratto annullabile.

7. Dieci anni dopo. La scoperta del *common law* e l'applicazione delle teorie sul *dolus bonus* alla pubblicità ingannevole

In un articolo del 1968 dal titolo “La *réclame «non obiettiva»* come mez-

zo di inganno nella formazione dei contratti”², Criscuoli riprende le tesi elaborate in tema di *dolus bonus* per utilizzarle al fine di comprendere il trattamento giuridico di quella che definisce *réclame* «non obiettiva».

Sono passati più di dieci anni dal saggio sul *dolus bonus* e soprattutto c’è stato, ad arricchire il percorso scientifico del nostro Autore, un lungo soggiorno negli Stati Uniti d’America grazie ad una borsa Fulbright.

È soprattutto grazie all’esperienza americana che si rinsalda in questi anni l’attenzione, sempre coltivata, verso il *common law*, ed il ricorso alla comparazione giuridica diviene, d’ora in avanti, lo strumento principe per rivisitare in modo critico i temi di ricerca del diritto civile.

Il primo frutto di questo connubio tra comparazione e civilistica è una riflessione sulla pubblicità ingannevole come strumento di deviazione della volontà contrattuale dei consumatori.

Il tema è originale, soprattutto nella prospettiva dell’invalidità del contratto.

Nel momento storico in cui scrive, del resto, non si è ancora sviluppata appieno, almeno in ambito giuridico, una riflessione critica sui mezzi di persuasione di massa: la pubblicità è vista come “l’anima del commercio” ed è diffuso il convincimento secondo cui reprimere alcune forme di pubblicità possa soffocare un mercato in forte crescita e la capacità di orientare il pubblico procurandogli informazioni sui prodotti reclamizzati.

La questione oggetto di riflessione riguarda la *réclame* non obiettiva come mezzo di inganno nella formazione dei contratti e, in particolare, la possibilità che il consumatore sia tratto in inganno ed indotto a concludere un contratto relativo al prodotto propagandato attraverso la pubblicità.

La formula “*réclame non obiettiva*” è utilizzata dall’Autore per accomunare in un’unica categoria tanto la pubblicità c.d. menzognera, caratterizzata cioè da fallaci attestazioni di fatti o circostanze specifiche che travisano la realtà del prodotto propagandato nella sua essenza, qualità o quantità, quanto la pubblicità c.d. superlativa, riguardante affermazioni di carattere soggettivo.

Il senso di ricorrere ad un’unica espressione che accomuni la pubblicità menzognera e quella superlativa si spiega con il rifiuto, da parte dell’Autore, di una distinzione tra carattere oggettivo e soggettivo delle affermazioni reclamistiche in funzione di un differente trattamento giuridico; e soprattutto con il rigetto della qualificazione *ex ante* delle affermazioni di carattere soggettivo come *dolus bonus*, in quanto espressione di semplici opinioni o intenzioni personali prive di una vera capacità di ingannare (mentre sarebbero solamente le dichiarazioni obiettive ad essere potenzialmente dolose).

Questa netta ed aprioristica categorizzazione – argomenta Criscuoli – non tiene conto del fatto che anche un semplice giudizio di valore possa diventa-

² G. Criscuoli, *La réclame «non obiettiva» come mezzo di inganno nella formazione dei contratti*, in *Rivista di diritto industriale*, 1968, I, 22 ss., cui si rinvia per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali citati dall’Autore e non riportati in questo scritto.

re strumento di inganno, talvolta altrettanto efficace di una falsa dichiarazione relativa ad un dato obiettivo.

I due tipi di affermazione vanno, pertanto, letti in modo unitario attraverso una considerazione che si fondi esclusivamente sulla loro attitudine a determinare l'inganno del consumatore.

Occorre perciò valutare caso per caso la capacità ingannatoria delle pubblicità, al di là di ogni appartenenza tipologica e senza giudicare aprioristicamente tollerabili alcune delle sue espressioni.

Ad essere sottoposta a serrata revisione critica è anche la diffusa affermazione secondo cui la distinzione tra dichiarazioni soggettive e oggettive sia conforme alla tradizione di *common law*.

Facendo uso sapiente del metodo comparatistico, il nostro Autore rileva come la distinzione tra *statement of opinion* e *statement of fact*, tante volte richiamata allo scopo di avvalorare la tesi di una distinzione tra le due forme e della necessità di un trattamento giuridico differenziato, non regge ad uno sguardo più attento sul *common law*.

Nella tradizione angloamericana, infatti, la distinzione assume tutt'altro significato e portata alla luce del "giuoco delicatissimo di presunzioni relative" che operano sul piano della valutazione della colpevolezza dei contraenti.

Riportate ad unità di prospettiva le diverse forme di comunicazione pubblicitaria attraverso la categoria della "*réclame non obiettiva*", il saggio prosegue nel verificare in che modo la pubblicità ingannevole possa condurre ad invalidare il negozio.

A quel tempo, le poche prese di posizione sul tema della pubblicità come forma di raggio nella formazione dei contratti e possibile causa di invalidità registravano due opposte tendenze, frutto più di affermazioni isolate che di riflessioni articolate su un tema ancora trascurato.

La prima e più diffusa opinione tendeva a considerare la pubblicità un caso di *dolus bonus*; la seconda, minoritaria, era aperta alla possibilità che in determinate circostanze la pubblicità potesse costituire raggio.

Entrambe queste ricostruzioni non soddisfano pienamente il nostro Autore.

Se la prima risulta del tutto inadeguata a tutelare il contraente rispetto alla capacità ingannatoria di talune forme pubblicitarie, anche la seconda lascia margini di perplessità. La ragione risiede, innanzitutto, nel fatto che questo secondo indirizzo interpretativo si fonda comunque su quella stessa idea di *dolus bonus* elaborata da dottrina e giurisprudenza in materia negoziale: indirizzo che il nostro Autore aveva sottoposto a serrata critica nello scritto di dieci anni prima.

Inoltre, entrambe le letture non tengono nel debito conto le specificità della pubblicità rispetto alle forme tradizionali di promozione elaborate a partire dal diritto romano.

Se la *sollertia* ed il *se circumvenire* del diritto romano assumevano a modello un mercato reale nel quale le merci sono esposte al consumatore, questo non è più vero nel mondo (oggi diremmo "virtuale") della pubblicità.

La possibilità di verifica della merce reclamizzata non esiste più e questo rende più probabile per il consumatore debole e meno provveduto di rimanere ingannato. Da qui l'esigenza di una tutela rafforzata che tenga conto della maggiore attitudine ingannatoria della pubblicità.

8. La *réclame* non obbiettiva come mezzo di concorrenza sleale e come reato

Ad essere innovativo, nella ricostruzione di Criscuoli, non è solamente il rifiuto di un'astratta tipizzazione della pubblicità in funzione del suo inquadramento giuridico, ma anche l'esame dei riflessi giuridici della pubblicità intesa come mezzo di inganno, ed in particolare la sua configurabilità come dolo.

A quel tempo, infatti, l'attenzione dei giuristi al mondo della pubblicità era soprattutto rivolta ai profili concorrenziali (e ad un suo eventuale rilievo penale).

Rimaneva, invece, in ombra il tema della pubblicità come mezzo di inganno del singolo contraente nella formazione dei contratti.

Per questa ragione Criscuoli si preoccupa preliminarmente di dimostrare che la pubblicità può tradursi in strumento di inganno che conduce il consumatore a concludere il contratto non voluto, per poi dimostrare come la tutela individuale del singolo contraente non possa essere ricercata nella norme sulla concorrenza, dato che gli strumenti posti a tutela del mercato in generale mirano a salvaguardare un bene del tutto diverso dall'integrità della volontà negoziale.

La pubblicità come mezzo di concorrenza sleale e come mezzo di dolo negoziale meritano, pertanto, considerazioni diverse, a partire dagli elementi necessari per integrare ciascuna delle due fattispecie.

Mentre per la pubblicità come mezzo di concorrenza sleale non è necessario l'*animus decipiendi*, questo è invece elemento costitutivo del dolo negoziale.

Soprattutto, è diverso il vaglio circa la capacità ingannatoria della pubblicità nei due casi.

Poiché nell'ottica della tutela della concorrenza si valuta l'interesse generale della collettività, il particolare grado di idoneità ingannevole non può che essere rilevabile con riferimento ad un canone astratto di intelligenza e diligenza medie, in rapporto alla massa dei consumatori, in base ad un modello che sacrifica programmaticamente l'interesse dei soggetti che stanno al di sotto di questa media.

La tutela della concorrenza impone un giudizio necessariamente aprioristico sull'astratta idoneità a danneggiare – in primo luogo, le imprese concorrenti – basato innanzitutto sulle comuni massime di esperienza. La quali-

ficazione di una *réclame* come non obiettiva, e pertanto come mezzo di concorrenza sleale, è subordinata alla verifica dell' idoneità astratta dell'atto pubblicitario a danneggiare i concorrenti attraverso lo sviamento della clientela secondo una regola di normalità.

Un discorso almeno in parte simile vale con riferimento alla tutela penale, la quale ugualmente risulta poco adatta alle esigenze di tutela del singolo contraente. Non è possibile, infatti, ricorrere al diritto penale in funzione di salvaguardia della posizione del singolo consumatore ingannato. Tale tutela, articolata principalmente sul reato di frode in commercio oltre che su quello di truffa, subordina, almeno in alcuni casi, la protezione dell'interesse privato del soggetto passivo all'interesse pubblico della difesa del commercio e dell'economia, e reprime solamente quelle condotte che abbiano capacità di offendere l'ordine economico generale.

Da queste considerazioni discende l'insufficienza tanto del diritto della concorrenza quanto del diritto penale a protezione del contraente ingannato.

9. La *réclame* non obiettiva come mezzo di inganno nella formazione dei contratti

Dopo aver dimostrato la sostanziale diversità del fenomeno pubblicitario dal punto di vista del diritto della concorrenza e del diritto penale, Crisculi entra nel cuore della propria indagine, ossia la protezione del contraente nei confronti della pubblicità ingannevole che abbia portato alla conclusione di un contratto.

Il dolo come vizio del consenso è lo strumento principe per offrire una tutela individuale alla vittima dell'inganno dovuto a pubblicità ingannevole, data l'insufficienza delle altre tutele civili, a partire dall'azione redibitoria per vizi occulti o mancanza di qualità, la quale non si applica a contratti diversi da quelli di scambio ed è sottoposta a termini di prescrizione e di decadenza molto brevi.

Il problema principale che si pone con riferimento alla questione della tutela del consumatore attraverso la qualificazione della *réclame* non obiettiva come dolo negoziale è che, nella normalità dei casi, la pubblicità non è posta in essere da chi sarà parte del contratto.

Questo comporta che trova applicazione in questi casi il secondo comma dell'art. 1439 c.c. sul dolo del terzo. Il contraente rimasto ingannato non può, pertanto, chiedere l'annullamento del negozio, ma solo agire per il risarcimento del danno nella misura di ogni pregiudizio patrimoniale sofferto per aver confidato nella validità del contratto.

Quanto ai requisiti necessari perché l'inganno abbia le caratteristiche del dolo invalidante, il nostro Autore ripercorre le riflessioni elaborate su *dolus bonus* e *dolus malus*.

L'applicazione della disciplina del dolo alla pubblicità diviene così occasione per mettere a punto la riflessione di dieci anni prima.

Perché vi sia dolo – osserva Criscuoli – è necessario che ricorrano tre elementi: l'*animus decipiendi*, l'uso di un mezzo fraudolento e la produzione dell'inganno.

Dottrina e giurisprudenza continuano a dividersi tra la tesi che ritiene decisivi, ai fini della qualificazione del dolo, l'idoneità del mezzo di inganno o l'*animus decipiendi*.

Al contrario, riprendendo e rielaborando le proprie precedenti conclusioni, il nostro Autore conclude che è sufficiente, perché si abbia dolo, che vi sia la semplice conoscenza della non obiettività della pubblicità e la volontà di carpire la volontà negoziale del consumatore.

I criteri meramente oggettivi, come quelli riferiti alla natura o al carattere dei mezzi impiegati per il messaggio pubblicitario, non trovano invece accoglimento.

Il rigetto di una valutazione *ex ante* di un'astratta idoneità ingannatoria, elaborato nel primo dei due scritti in commento e ribadito con forza in questa sede, si carica qui di significati nuovi.

Di fronte alla crescente pervasività del fenomeno pubblicitario, respingere questa tesi significa rigettare l'idea stessa che una prassi diffusa nell'ambiente sociale sia per ciò stesso considerata anche dall'ordinamento come semplice astuzia, tollerabile e pertanto giuridicamente irrilevante.

Una tesi del genere – conclude Criscuoli – legittimerebbe l'inquinamento delle prassi del commercio senza che il diritto possa porvi un rimedio.

Criscuoli rifiuta, dunque, la tesi del carattere astratto della valutazione sul grado di idoneità ad ingannare già oggetto di critica nel contributo su *dolus bonus* e *dolus malus* e afferma che per la ricorrenza del *dolus malus* anche in materia di pubblicità ingannevole occorre adottare un test di natura soggettiva basato sull'avvenuto inganno. In questo modo – prosegue il ragionamento – si dà ingresso ad una valutazione individuale delle condizioni psicologiche, culturali ed ambientali in cui l'inganno avviene e delle capacità di avvedutezza della vittima dell'inganno.

La tesi opposta condurrebbe, invece, ad un inaccettabile sacrificio dei consumatori più sprovveduti, sui quali ricadrebbe tutto il peso dell'efficacia ingannatoria della pubblicità. Sarebbe "l'uomo deficiente, l'imprudente, il distratto, l'impulsivo, il credulone", cioè coloro i quali hanno bisogno di una forza suppletiva e di una tutela speciale e rafforzata, a sopportare il peso della tolleranza di certe pratiche da parte della società.

La riflessione si conclude con un auspicio, destinato a rimanere lettera morta ancora a lungo: che alla tutela privatistica fondata sui vizi del consenso si affianchi una tutela pubblicistica di respiro più ampio, sganciata dall'unico riferimento alla potenziale dannosità per l'impresa concorrente e che si avvii, invece, una tutela generale all'interesse collettivo dei consumatori. Una riflessione che, conclude l'Autore, è possibile solo *de iure condendo*.

10. Un bilancio cinquant'anni dopo

A circa cinquant'anni dai due articoli possiamo pienamente apprezzare il lascito culturale che l'opera di Giovanni Criscuoli consegna all'interprete e l'attualità del suo pensiero.

Se non è possibile dire che gli auspici formulati siano stati tutti pienamente accolti, tuttavia l'evoluzione degli ultimi decenni ha mostrato una sensibilità crescente verso le sollecitazioni esposte in queste pagine.

Dal tempo della pubblicazione dei contributi che oggi rileggiamo, molte cose sono cambiate.

Con riferimento specifico al tema del dolo, si registra una giurisprudenza che tralaticciamente afferma che: "A norma dell'art. 1439 c.c., 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."³. Una massima, questa, che sembrerebbe centrare l'attenzione sull'efficienza causale del raggiro nel caso concreto.

Più in generale, sulla tutela dei soggetti più deboli nella contrattazione, l'elemento di maggiore novità rispetto alle sollecitazioni dell'Autore è sicuramente da individuare nell'adozione, a livello comunitario, di una legislazione consumeristica la quale, in opposizione all'unicità del soggetto di diritto dei codici ottocenteschi, stabilisce una disciplina speciale per i contratti dei consumatori.

La creazione di un regime più favorevole per i rapporti di consumo, in una logica di protezione di uno dei contraenti giudicato strutturalmente più debole per ragioni di forza economica e di asimmetrie informative, costituisce una deroga significativa alle norme ordinarie che assumono a modello di riferimento l'incontro tra soggetti privati in grado di decidere senza interferenze esterne il miglior assetto di interessi.

Certo, la nozione di consumatore fa pur sempre riferimento ad una figura astratta ed idealtipica: il "consumatore medio" rappresenta l'archetipo del consumatore, un soggetto "normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto". E la disposizione che, attraverso il richiamo al *dolus bonus* fa salva la pratica pubblicitaria consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che "non sono destinate ad essere prese alla lettera" attirerebbe sicuramente le critiche del nostro Autore (cfr. direttiva 2005/29/CE).

D'altra parte, nella legislazione e nella giurisprudenza si dà sempre mag-

³ Cfr., da ultimo, Cass. 16 marzo 2015, n. 5174, in *Diritto & giustizia*, 2015, 17 marzo. In senso conforme v. anche Cass. 25 maggio 2006, n. 12424, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5; Cass. 27 ottobre 2004, n. 20792, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1.

giore ingresso alla considerazione della specifica condizione del singolo consumatore.

La tendenza a ripensare criticamente i limiti di una nozione astratta di consumatore trova, ad esempio, espressione nella riflessione in atto sui consumatori “vulnerabili” (c.d. *vulnerable consumers*).

Con sempre maggiore forza si chiede di garantire che i consumatori più deboli abbiano accesso agli stessi beni e servizi degli altri, e di dar vita ad una legislazione che affronti la questione della vulnerabilità dei contraenti secondo un approccio orizzontale che tenga conto delle diverse necessità, capacità e circostanze⁴.

In quest’ottica, si impone di tener conto dei fattori sociali, culturali e linguistici e si fa obbligo al professionista di tenere in considerazione “le esigenze specifiche dei consumatori che sono particolarmente vulnerabili a motivo della loro infermità mentale, fisica o psicologica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere” (direttiva 2011/83/UE).

Questa rinnovata sensibilità nasce dalla constatazione che, nonostante l’alto livello di tutela raggiunto, i consumatori sono spesso meno informati e consapevoli di quanto una certa legislazione abbia supposto. E che condizioni di vita disagiate, disabilità, bassi livelli di alfabetizzazione e di educazione, barriere linguistiche, difficoltà di accesso alla rete, età ed altre condizioni socio-economiche sono alla base di questo disagio⁵. Soprattutto, di fronte a questo scenario si scopre tutta l’inadeguatezza di una nozione, come quella di consumatore, che manca di flessibilità e spesso non riflette le condizioni reali della contrattazione e le marcate differenze territoriali presenti all’interno del territorio europeo.

La consapevolezza del fallimento di una strategia unitaria del tipo “*one size fits all*” porta oggi a favorire l’adozione di un approccio “a geometrie variabili”, da adattare allo specifico contesto di intervento⁶.

Lo stesso può dirsi, con più specifico riferimento al secondo dei due scritti in commento, rispetto alla pubblicità ingannevole.

Negli ultimi anni il messaggio pubblicitario è stato, infatti, soggetto a valutazioni sempre più stringenti con riferimento alla “suggestionabilità” e “vulnerabilità” dei suoi destinatari, dovute a ragioni di età, condizioni socio-economiche, fattori linguistici e, in generale, a disagio fisico o psichico, permanente o temporaneo. Ed in relazione alle tecniche ed alle modalità di diffusione del messaggio, aprendo la strada ad una valutazione caso per caso che verifichi in concreto l’aggressività con cui un messaggio è dato, il ri-

⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012 su una strategia per rafforzare i diritti dei consumatori vulnerabili (2011/2272(INI)).

⁵ *Special Eurobarometer 342. Consumer Empowerment Report*, April 2011.

⁶ Comunicazione della Commissione “A European Consumer Agenda – Boosting confidence and growth” SWD (2012) 235 final.

schio di ingannevolezza per gli specifici destinatari, senza fermarsi dinanzi ad eventuali dati formali per entrare nel merito del singolo caso concreto.

11. Conclusioni

Il messaggio che rimane rileggendo i due scritti in commento è chiaro: il netto rifiuto della tesi secondo cui i raggiri comunemente giustificati dalla società e tollerati nella pratica del commercio siano per ciò stesso leciti anche sul piano giuridico.

A questa diffusa lettura reagisce il nostro Autore affermando che raggiro è qualunque mezzo che cagioni l'inganno della vittima e che la valutazione di illiceità dei mezzi di dolo debba avvenire non già in base all'astratta potenzialità di cagionare l'inganno, secondo un giudizio di idoneità alla stregua della coscienza sociale, ma soggettivamente, in ragione del fatto che nel caso concreto la volontà del *deceptus* sia stata viziata. Non ci si deve, pertanto, affidare a criteri di regolarità statistica per stabilire la capacità di ingannare di una certa affermazione.

Lo stesso tipo di considerazioni guidano Criscuoli anche in tema di *réclame* non obbiettiva.

Ad essere criticati, in questo caso, sono la tipizzazione della pubblicità in funzione di inquadramento giuridico (attraverso l'equivalenza tra pubblicità superlativa e *dolus bonus*) e la natura astratta e preventiva della valutazione sul grado di idoneità ad ingannare.

La capacità delle pubblicità di trarre in inganno il consumatore deve essere accertata indipendentemente da ogni qualificazione tipologica basata su una valutazione *ex ante*, senza giudicare aprioristicamente tollerabili alcune delle sue espressioni. Se una certa affermazione, anche una semplice vanteria, ha cagionato l'inganno tanto basta ad inficiare il negozio.

Tanto in materia di *réclame* non obbiettiva quanto in generale in tema di contratto, per accertare la ricorrenza del dolo occorre adottare un test di natura soggettiva basato sull'avvenuto inganno, secondo una valutazione individuale delle condizioni psicologiche, culturali ed ambientali in cui questo avviene e delle capacità di avvedutezza della vittima.

In tutte le sue varianti, la tesi di Criscuoli è di assoluta linearità e di esemplare saldezza.

Tra *verba* e *voluntas* egli propende in maniera chiara e coerente a favore della prima opzione⁷.

Lo testimonia la scelta, ripercorsa in queste pagine, di individuare nell'ef-

⁷ Lo rileva M. Serio, *Ricordo di Giovanni Criscuoli*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 473; Id., *Complessità del pensiero di Giovanni Criscuoli e semplicità della sua rappresentazione nelle opere*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 1383.

fettività del risultato concreto il criterio distintivo tra innocue vanterie e dolosi raggiri, così come molti altri scritti su cui in questa sede non possiamo soffermarci, da quelli sulla violenza a quelli sul matrimonio⁸.

Le esigenze di tipizzazione e di stabilità dei traffici non sfuggono certamente all'analisi del nostro Autore, ma restano sempre subordinate alla verifica dell'effettiva volontà del contraente.

Del resto, replica Criscuoli con la linearità che ha sempre caratterizzato il suo pensiero, un consenso genuino è sempre alla base di ogni fattispecie negoziale. Se questo manca, con esso viene a difettare la base stessa cui deve fondarsi ogni esigenza di certezza del traffico giuridico, la piena volontà dei contraenti.

⁸ Cfr., ad esempio, G. Criscuoli, *Violenza fisica e violenza morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 127; Id., *Il matrimonio coatto*, in *Il Circolo giuridico. Scritti in onore di G. Musotto*, vol. I, 1980.