



MATTEO DE POLI

Professore ordinario di Diritto dell'economia – Università degli Studi di Padova

LA RETICENZA PRENEGOZIALE NEL PROGETTO DI RIFORMA DEL CODICE CIVILE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sull'obbligo di informazione nel corso delle trattative: ambito, contenuto, destinatari. – 2.1. Sull'inderogabilità dell'obbligo. – 3. Le conseguenze della violazione dell'obbligo tra responsabilità precontrattuale e dolo. – 4. Una proposta di articolato.

1. – È noto che la lettera degli artt. 1337 e 1338 c.c. sia stata progressivamente erosa dall'azione giurisprudenziale, con l'effetto di creare una disciplina della materia collaterale a quella prodotta dal diritto scritto¹. È al fine di positivizzare il diritto vivente, mi

* Testo, corredato di note, della relazione tenuta il 15 giugno 2019 al convegno *Il Diritto Patrimoniale – Una Rivisitazione: Le Revisioni* organizzato dall'Associazione Civilisti Italiani.

¹ Il dato letterale dell'art. 1338 c.c. lascerebbe intendere che la reticenza rilevi come causa di responsabilità precontrattuale nelle sole ipotesi in cui la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne abbia dato notizia all'altra parte, la quale ha, invece, incolpevolmente confidato nella validità del contratto. Tuttavia, come correttamente rilevato già da G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Giuffrè, 1993, p. 159 ss. e spec. 162, la norma di cui all'art. 1338 c.c. «è considerata una specificazione del più generale disposto dell'art. 1337 c.c.», che lascerebbe spazio ad un'interpretazione di più ampio respiro, volta a considerare risarcibile anche il danno provocato da condotte reticenti su informazioni (di una certa rilevanza) in presenza di un contratto valido o in assenza del contratto stesso (perché, ad esempio, la parte ha scoperto l'altrui reticenza prima della stipula del contratto ed è receduta dalle trattative). *Contra* v., *ex multis*, G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in V. ROPPO (dir. da), *Trattato del Contratto*, vol. V, Giuffrè, 2006, p. 1025 ss. e spec. 1035, secondo cui «con la disposizione dell'art. 1338, il legislatore non può che avere inteso chiarire che l'unico dovere di informazione di carattere generale (cioè operante a prescindere da specifica previsione normativa) alla cui violazione può darsi rilevanza ai fini della responsabilità precontrattuale è quello avente ad oggetto la esistenza di eventuali “cause di invalidità” del contratto». Sul punto è recentemente intervenuta la Suprema Corte, la quale ha giustamente osservato che «la regola posta dall'art. 1337 c.c., non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conosci-



sembra, più che di porre rimedio ad una grave situazione di incertezza, che il Governo è intervenuto con un progetto di riforma del Codice Civile, il disegno di legge S.1151 *Delega al Governo per la revisione del codice civile*, del 19 marzo 2019. Il d.d.l., al suo art. 1, co. 1, lett. f), delega il Governo a *«prevedere, nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di una informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte; sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto»*. Il testo ricalca, quasi pedissequamente, il disposto dei primi due commi dell'art. 1112-1 del Codice Civile francese – introdotto dall'art. 2 dell'ordinanza 131 del 10 febbraio 2016² –, il quale, al primo comma, sancisce che *«Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant»*, precisando poi, al secondo comma, che *«Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation»*.

La Relazione dedicata a questa parte della riforma merita una particolare attenzione e, così, essa diviene un utile strumento di comprensione della volontà del Governo. Ivi³, tra l'altro, si chiarisce che tale riforma mira a *«colmare una riconosciuta lacuna dell'attuale sistema codicistico della responsabilità precontrattuale quale risultante dagli articoli 1337 e 1338 del codice civile, pur fatti oggetto di una significativa valorizzazione giurisprudenziale dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e della tutela del legittimo affidamento nella validità del vincolo»*⁴, e che *«Nel dettare i principi e i criteri direttivi di cui all'articolo 1, comma 1, lettere da f) a i), si prevede un insieme di misure, volte a tutelare, prevalentemente, ma non solo, il contraente che si venga a trovare in una situazione di asimmetria, che coprono l'intero arco*

bile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto» (così Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762, conformemente a Cass. civ., sez. II, 26 aprile 2012, n. 6526; e Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795).

² Per una panoramica completa della portata della riforma del *Code Civil*, v. *ex multis*, D. VALENTINO (a cura di), *La riforma del Code Civil: una prospettiva italo-francese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, *passim*.

³ Alle pp. 8-10.

⁴ Così la Relazione a p. 9.



della vicenda contrattuale, dalla fase delle trattative a quella della formazione del contratto fino alla fase esecutiva»⁵; che «La delimitazione dell’oggetto della reticenza alle “informazioni di rilievo” è un criterio direttivo dettato per il legislatore delegato onde evitare che possa reputarsi fonte di responsabilità l’omissione di qualsiasi informazione, rendendo così più complessa la fase delle contrattazioni, con evidenti ricadute di ordine economico e sociale»⁶; che «Il criterio direttivo di cui alla lettera f) risulta in linea con gli approdi giurisprudenziali più recenti in tema di responsabilità precontrattuale (compendiati nella massima secondo cui “La violazione dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., assume rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all’esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l’omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso”, Corte di cassazione, sezione prima, sentenza n. 5762 del 23 marzo 2016)»⁷; ed, infine, che «Il disegno di legge delega mira così a completare, con la normativa delegata attuativa dei detti principi e criteri direttivi, la tutela tradizionalmente assicurata in ambito contrattuale in caso di dolo, quale vizio del consenso e causa di invalidità del contratto ai sensi dell’articolo 1439 del codice civile o quale fonte di responsabilità ai sensi dell’articolo 1440 del codice civile. La disciplina dettata dal disegno di legge risulta innovativa sol che si consideri che entrambe tali ultime norme sono interpretate come escludenti dal loro ambito di operatività le condotte omissive reticenti, alla stregua della prevalente giurisprudenza civile che – malgrado le ben più varieguate interpretazioni dottrinali, volte ad ampliare l’ambito applicativo del dolo omissivo – continua a richiedere condotte commissive, connotate da malizia o astuzia integranti i “raggiri”»⁸.

È sulla base di questi dati (*i.e.*, articolato, Relazione, riforma del *Code Civil*), letti – ove possibile – in modo combinato, che condurrò la mia analisi e formulerò la mia proposta.

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

⁸ Così la Relazione a p. 10.



2. – Il cuore della lettera *f*) sta nell'introduzione di un obbligo della parte trattante di comunicare all'altra parte, *nel corso delle trattative*, le informazioni rilevanti per la determinazione di contrarre delle quali, a differenza dell'altra parte, *essa sia a conoscenza*.

Balza immediatamente agli occhi il confino di tale obbligo alla fase delle trattative⁹, ossia a tutto quel complesso di atti – incontri, colloqui, scambi di idee, proposte, controproposte – che precede la stipula del contratto.

Nulla lascia pensare che il Governo abbia pensato di escludere la sussistenza di tale obbligo nella successiva fase della formazione del contratto¹⁰. Di più: la relazione al Disegno di Legge, a p. 9, spinge a ritenere che di una svista, una sottovalutazione, più che di una scelta, si sia trattato, forse perché «trattative» e «formazione del contratto» sono state (impropriamente) considerate quali sinonimi. Infatti, ivi si legge che «*Nel dettare i principi e i criteri direttivi di cui all'articolo 1, comma 1, lettere da f) a i), si prevede un insieme di misure, volte a tutelare, prevalentemente, ma non solo, il contraente che si venga a trovare in una situazione di asimmetria, che coprono l'intero arco della vicenda contrattuale, dalla fase delle trattative a quella della formazione del contratto fino alla fase esecutiva*».

Quanto all'art. 1112-1 del Codice francese, esso non contiene alcun esplicito riferimento alle *négociations*: vero è, tuttavia, che la norma si inserisce proprio nella sottosezione rubricata «*Les négociations*», sicché questo appare essere il suo vero ambito applicativo¹¹.

⁹ Invero, l'art. 1, co. 1., lett. *f*) del Disegno di Legge delega il legislatore, per quanto è di nostro interesse oggi, ad introdurre l'«*obbligo della parte di comunicare, nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, informazioni di cui sia venuta a conoscenza e che siano determinanti per il consenso*», in modo tale da «*colmare una riconosciuta lacuna*» – così si legge alle pp. 8 e 9 della Relazione al Disegno di Legge – «*dell'attuale sistema codicistico della responsabilità precontrattuale quale risultante dagli articoli 1337 e 1338 del codice civile, pur fatti oggetto di una significativa valorizzazione giurisprudenziale dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e della tutela del legittimo affidamento nella validità del vincolo*».

¹⁰ «Trattative» e «formazione del contratto», è dato condiviso, sono concetti distinti tra loro: il primo, si è detto, si riferisce all'insieme di atti preparatori alla stipula del contratto; il secondo, invece, all'incontro di proposta ed accettazione, e, quindi, alla fase di stipula del contratto.

¹¹ Nella stessa dimenticanza in cui pare sia incorso il legislatore italiano sembra sia incorso anche il legislatore francese, disciplinando tali doveri informativi nella sola sottosezione dedicata alle *négociations*. Sul punto v. D. DI SABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, in *Contratto e Impresa*, n. 1, 2018, pp. 97-98. V. anche N. RONTCHEVSKY, *Les objectifs de la réforme: accessibilité et attractivité du droit français des contrats*, in *Actualité Juridique Contrats d'Affaires*, n. 3, 2016, p. 112: «*La rédaction finale de l'ordonnance a cependant précisé et restreint la portée du devoir d'information qui est désormais placé dans les dispositions relatives aux négociations, encore que ce devoir devrait s'imposer aussi en l'absence de négociations précédant la conclusion du contrat*».



Il mancato riferimento alla fase della formazione del contratto si pone in modo distonico non solo con quanto previsto dall'art. 1337 c.c. – secondo cui le parti sono tenute a comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative e, anche, nella formazione del contratto – ma anche con la disposizione francese corrispondente al nostro art. 1337 c.c., l'art. 1104 del *Code Civil*, che impone l'obbligo di comportarsi secondo buona fede tanto nella fase delle trattative quanto in quella di formazione del contratto, stabilendo che «*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi*»¹².

Ciò detto, è auspicabile che la Legge Delega o il Decreto Legislativo che ne seguirà esplicitino che gli obblighi di informazione riguardano sia la fase delle trattative sia quella della formazione del contratto. Diversamente, ciò che il padrone di casa (il Legislatore) non farà entrare dalla porta, entrerà dalla finestra che il pronto vicino (la Magistratura) si incaricherà di aprire, anche senza esigenza di forzarla, bastandogli usare il *passerpartout* (il dovere di comportarsi secondo buona fede anche nella formazione del contratto) messi a disposizione dallo stesso padrone di casa¹³.

Così precisato l'ambito operativo dell'obbligo, spetta ora illustrarne il contenuto, che il Governo vorrebbe limitato – in coerenza quanto disposto nell'art. 1112-1 del *Code Civil* – all'«informazione di rilievo determinante per il consenso», ed il suo destinatario.

Quanto al contenuto, esso è indicato nelle circostanze conosciute e determinanti.

Il riferimento alle sole circostanze «conosciute» espone la futura disposizione al rischio che essa sia intesa come il risultato di una precisa scelta del Governo di regolare questo obbligo precontrattuale in modo difforme dall'archetipo dei doveri di comunicazione precontrattuale, quello sulle cause di invalidità di cui la parte è o *dovrebbe essere* a conoscenza. Il progetto di riforma, infatti, prende in considerazione le sole informazioni (rilevanti) che una parte conosce effettivamente¹⁴. Sanzionando non solo la parte dolo-

¹² «*A pan-European common approach on this important question is clearly emerging (the Italian Code being very similar as well)*», così S. GRUNDMANN e M.S. SCHÄFER, *The French and the German Reforms of Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, n. 4, 2017, p. 472, che salutano la tendenza dei legislatori europei – ossia, quello francese, quello italiano e quello tedesco – a riconoscere un ruolo di primo piano al dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede non solo nell'esecuzione del contratto ma anche nella sua negoziazione.

¹³ Che senso avrebbe, infatti, non sanzionare la condotta di chi sia venuto a conoscenza di un fatto determinante per il consenso della controparte con cui sta trattando quando la fase delle trattative è ormai conclusa ed è prevista, il giorno seguente, la sottoscrizione del documento contrattuale? Si pensi, inoltre, al contratto per adesione, il quale non presenta la fase delle trattative: il proponente sarà legittimato ad omettere informazioni rilevanti per i potenziali contraenti?

¹⁴ La medesima scelta è operata dal legislatore francese (all'art. 1112-1 del *Code* si legge «...*qui connaît une information...*»). Sul punto, v. A. FEDERICO, *Négociations e obblighi di riservatezza*, in *Giurisprudenza*



samente silente ma anche quella silente perché negligente, l'art. 1338 c.c., all'evidenza, offre invece una tutela di portata sicuramente più estesa rispetto a quella prevista dalla riforma e costituisce la base teorica della diffusa convinzione dell'equiparabilità tra conoscenza e conoscibilità¹⁵.

È vero che la Relazione mette in chiaro che il Governo è sensibile al bilanciamento tra obbligo di informazione e onere di informarsi, e bene fa. L'esclusione dell'obbligo di

Italiana, n. 5, 2018, p. 1311, secondo cui «L'abbandono – rispetto al progetto [iniziale di riforma del Code] – della “conoscibilità” consente di escludere la configurazione dell'obbligo di informazione quale regola generale». A riguardo, E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del Code Civil francese. Profili comparatistici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 4, 2017, pp. 1307-1308, osserva che «La formulazione originaria adottata nel progetto di riforma era molto ampia ed aveva attirato l'attenzione soprattutto delle associazioni di categoria (in particolare la Camera di commercio di Parigi), secondo cui la previsione di un obbligo dai contorni generici avrebbe messo a repentaglio la sicurezza dei rapporti commerciali. Il testo in vigore tiene conto di queste osservazioni e delimita il perimetro dell'obbligo di informazione», dal momento che «l'obbligo riguarda le informazioni conosciute dal contraente, ma non quelle che questi avrebbe dovuto conoscere, come prevedeva il progetto iniziale. Per tal via, il legislatore della riforma ha inteso evitare un'estensione del contenuto dell'obbligo di informazione che potesse spingersi fino a consacrare una sorta di dovere di consulenza a carico del contraente». Sulla scelta finale di compromesso operata dal legislatore francese è comunque critico P. SIRENA, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo Code Napoléon*, in *Osservatorio di Diritto Commerciale*, n. 1, 2018, p. 41: «Il contenuto dell'obbligo di informazione sancito dal nuovo art. 1112-1 Cod. Nap. è eccessivamente ampio e suscita una certa perplessità dal punto di vista della politica del diritto. L'esistenza di asimmetrie informative tra le parti contraenti è generalmente fisiologica e costituisce anzi un presupposto necessario affinché sia esercitata la libertà di iniziativa economica privata, e pertanto anche quella di autonomia privata. Al di fuori delle ipotesi in cui può verificarsi un fallimento del mercato, come accade soprattutto qualora il contratto sia unilateralmente redatto da un professionista e sottoposto all'adesione di un consumatore, un generale obbligo di informazione nella fase precontrattuale si pone dunque in contrasto con un presupposto naturale dell'economia capitalistica e può risultare pregiudizievole per il benessere economico e anche sociale della collettività, per quanto il nuovo art. 1112-1, al. 1, Cod. Nap richieda che la controparte “*légitimement [...] ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant*”».

¹⁵ Sul problema dell'equiparazione tra conoscenza e conoscibilità pare qui sufficiente riportare quanto già sostenuto da F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 1963, p. 46, secondo il quale la parificazione delle circostanze conoscibili a quelle conosciute «si deduce da due considerazioni, una di carattere storico, l'altra di ordine sistematico. Innanzitutto sin dal diritto giustiniano il principio della buona fede oggettiva era diretto a colpire non solo il comportamento doloso, ma anche quello colposo. [...] In secondo luogo è facile constatare come, tranne nei contratti a titolo gratuito (artt. 798, 1812, 1821, comma 2°, c.c.), il nostro legislatore costantemente equipari, ai fini del sorgere del dovere di comunicazione, la conoscenza (*Kennen*) delle circostanze da rendere note alla loro conoscibilità (*Kennenmussen*): si confrontino in proposito gli artt. 1338, 1578, comma 2°, 1821, comma 1°, c.c.». Seguendo, il ragionamento dell'A. sul punto, si osservino anche gli artt. 1715 e 1759 c.c. Invero, quest'ultimo articolo, che si riferisce espressamente alle sole circostanze note al mediatore, «comprende, in senso positivo, l'obbligo di comunicare le circostanze [...] note o [anche] comunque conoscibili con la comune diligenza che si richiede al mediatore» (così Cass. civ., sez. II, 16 settembre 2015, n. 18140. Conformemente, v. Cass. civ., sez. II, 5 aprile 2017, n. 8849; Cass. civ., sez. II, 6 novembre 2012, n. 19075; e Cass. civ., sez. III, 16 luglio 2010, n. 16623).



informazione in caso di facile conoscibilità, però, nulla c'entra con questo tipo di conflitto e finisce per tradire l'obiettivo di stimolare la conclusione di contratti soddisfacenti, e dunque efficienti, grazie a questa nuova¹⁶ forma di tutela del trattante *insciente*. Il perché è presto detto: se l'efficiente circolazione di beni e servizi nel mercato richiede scelte consapevoli e, dunque, informate, e se questa finalità massimizza l'interesse pubblico, l'estensione del dovere di informazione alle circostanze non note ma ugualmente conoscibili e la correlata esigenza di ritenere il soggetto cui spetta la comunicazione tenuto non solo ad un dovere di informazione ma, anche, ad un previo dovere di attivazione, di indagine, di ricerca ecc. (tutti doveri preparatori e strumentali all'adempimento di quello di informazione); quest'estensione, dicevo, esalta l'utilità complessiva del suo risultato, che è maggiore del sacrificio che viene richiesto ad una delle due parti.

Va dunque auspicata una correzione del testo con l'estensione dell'obbligo alle circostanze di cui la parte deve essere a conoscenza. Diversamente, temo che tale risultato verrà raggiunto dall'opera interpretativa della giurisprudenza, che mi pare abbastanza convinta dell'equiparazione tra *kennen* e *kennenmussen*.

Conosciuta o anche facilmente conoscibile, l'informazione da comunicarsi deve essere «di rilievo determinante per il consenso». La Relazione al Disegno di Legge non offre un aiuto particolarmente utile per stabilire quali informazioni siano di rilevanza determinante per il consenso e quali no: infatti, a p. 9 della Relazione, si legge che «*La delimitazione dell'oggetto della reticenza alle "informazioni di rilievo" è un criterio direttivo dettato per il legislatore delegato onde evitare che possa reputarsi fonte di responsabilità l'omissione di qualsiasi informazione, rendendo così più complessa la fase delle contrattazioni, con evidenti ricadute di ordine economico e sociale*». Escluso uno spazio alla rilevanza meramente soggettiva, idiosincratica, resta comunque il dubbio su quali siano le informazioni oggettivamente capaci di determinare il consenso di una delle parti. Potremmo guardare all'art. 1429 c.c.: un'informazione sarebbe particolarmente rilevante – così come un errore è essenziale – quando: *i)* cade sulla natura o sull'oggetto del contratto¹⁷; *ii)* cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello

¹⁶O, comunque, solo ora espressamente riconosciuta.

¹⁷Sul punto, peraltro, v. E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, in V. ROPPO (dir. da), *Trattato del Contratto*, vol. 4, Giuffrè, 2006, p. 248, che evidenzia come «*Se l'oggetto del contratto, in linea con la dottrina ampiamente dominante, viene individuato nelle prestazioni, la portata di queste ultime nel determinare la natura del contratto porta ad una tendenziale sovrapposizione dell'errore sulla natura del contratto all'errore sul suo oggetto nel senso che, almeno nella maggioranza dei casi, l'errore sull'oggetto si traduce nell'errore sulla natura del contratto*».



stesso; *iii*) cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente; *iv*) cade su una norma giuridica ed è stato la ragione unica o principale del contratto. Invero, le ipotesi appena elencate non individuano informazioni *ex se* in grado di determinare il consenso: ad esempio, ben potrebbe essere irrilevante per una parte credere di trattare con un soggetto piuttosto che con un altro. Sappiamo, però, che dette ipotesi costituiscono un elenco – non tassativo, tra l'altro, – di informazioni potenzialmente rilevanti, e che la valutazione sulla loro capacità *in concreto* di determinare il consenso di una parte – ossia, di essere tali che, se ricevute, l'avrebbero spinta a desistere dal concludere il contratto – non potrà che essere fatta dal giudice, caso per caso¹⁸, valutando ogni circostanza rilevante.

La scelta di non specificare l'ambito di rilevanza della materia su cui una parte è stata silente, se confermata, non dovrebbe essere fatta oggetto di critiche troppo severe. In tema di dolo negoziale la Suprema Corte, al fine di stabilire se i raggiri di una parte siano stati tali da determinare il consenso dell'altra, ha recentemente ritenuto – con un *decisum* che io trovo condivisibile – che «*compete al giudice del merito accertare, sulla base delle risultanze probatorie, se la fattispecie concreta integri un'ipotesi di dolo determinante e tale valutazione è sindacabile in sede di legittimità solo per vizio di motivazione, nei limiti previsti dall'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.*»¹⁹. Il *Code Civil*, invece, ha risolto il problema delimitando il perimetro delle informazioni rilevanti: il comma 3 dell'art. 1112-1 precisa, infatti, che «*Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties*»²⁰.

¹⁸ A dimostrazione di come il concreto apprezzamento della rilevanza delle informazioni sia una valutazione di particolare complessità si veda anzitutto Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2007, n. 16031, che ha ritenuto che una compravendita di azioni tra privati non potesse essere annullata per dolo omissivo circa informazioni relative allo stato patrimoniale della società emittente: infatti, secondo la Corte, «*non si nega in astratto la possibilità che la compravendita di azioni possa essere affetta dal vizio costituito dal dolo determinante, ma si precisa che il semplice mendacio o le omissioni sulla situazione patrimoniale della società non sono da sole sufficienti*», essendo, invece, rilevanti quelle informazioni che «*attengono alla funzione tipica delle azioni predette, e cioè all'insieme delle facoltà e dei diritti che esse conferiscono al loro titolare, nella struttura della società, senza alcun riguardo al valore di mercato di esse, quale può risultare dal bilancio, dallo stato patrimoniale della società e da tutti gli altri elementi che influiscono sul loro valore*». Ancora, in tema di compravendita di autoveicoli, v. Cass. civ., sez. II, 5 febbraio 2007, n. 2479 ha precisato che «*il contraente non ha diritto di occultare i fatti la cui conoscenza è indispensabile alla controparte per una corretta formazione della propria volontà contrattuale (notizie sull'andamento del mercato, sulla natura legale dell'importazione, sulla data di fabbricazione e di collaudo)*»

¹⁹ V. Cass. civ., sez. II, 27 febbraio 2019, n.5734, così massimata in *Giust. Civ. Mass.*, 2019.

²⁰ Secondo A. FEDERICO, *Négociations e obblighi di riservatezza*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5, 2018, p. 1311 «*Si tratta, in conformità dell'elaborazione giurisprudenziale, di informazioni relative alla prestazione fornita, alla contropartita richiesta, alla liceità dell'operazione, o ancora, se conosciute*



Sia nel progetto di riforma italiano sia nella riforma francese si prevede che non sia oggetto dell'obbligo di informazione il valore dell'oggetto del contratto²¹. Ciò non vuol dire, naturalmente, che questa non sia un'informazione di rilievo determinante per il consenso²², ma, da un lato, che il valore, quale circostanza *estrinseca* alla prestazione o al bene²³, fuoriesce dall'ambito della competenza cognitiva della parte, dall'altro, che il valore resta pur sempre il frutto di una personale valutazione di ciascuna delle parti e, dunque, più che un fatto passibile di informazione, è una stima, un'opinione²⁴.

Va dà se, però, che andrà escluso l'obbligo di comunicare la valutazione del bene scambiato, non il suo valore inteso come la somma delle sue qualità.

Ciò detto sul rapporto tra silenzio anti-doveroso e determinazione del consenso indico ora perché questa parte della nuova fattispecie pare essere incoerente con le premesse enunciate nella relazione, oltre ad essere – a mio modo di vedere – obiettivamente insoddisfacente.

Ho già detto che la Relazione indica, a p. 9, come precedente da codificare la sentenza n. 5762 del 2016 della S.C., la cui massima ufficiale stabilisce che «*La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., assume rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di*

dall'altra parte, alle finalità perseguite da uno dei contraenti, là dove, in ordine alla qualità delle parti il riferimento è alle qualità essenziali dei contraenti evocati in tema di errore sulla persona».

²¹ Nel *Code civil*, al secondo comma dell'art. 1112-1, è ripresa la consolidata tradizione giurisprudenziale che esclude da quelle che sono informazioni rilevanti per il consenso «*l'estimation de la valeur de la prestation*». Sul punto v. D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 2, 2016, p. 434.

²² Invero, il valore dell'oggetto del contratto è, in genere, la circostanza che più interessa conoscere nelle trattative ed è bizzarro escluderla, almeno in questo modo.

²³ In tema di errore sul valore, si v. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011, p. 739 ss.

²⁴ Già G. VISINTINI, *La reticenza come causa di annullamento dei contratti*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, 1972, p. 172, osservava che l'obbligo generale di informazione «*spetta a ciascuna parte sulle circostanze che attengono alla propria prestazione e non può estendersi fino ad illuminare la controparte sui pregi e sugli svantaggi della prestazione a suo carico. [...] La stima del valore della propria prestazione è lasciata all'autoresponsabilità della parte in cui incombe, salva l'applicazione delle norme sull'errore*». Infatti, prosegue l'A., «*il limite in parola discende dallo stesso principio di autonomia privata: spetta a ciascuno la tutela dei propri interessi e il rischio relativo. Se si usa male della propria libertà di iniziativa economica imputet sibi, salva l'applicazione delle norme sull'errore sulle qualità dell'oggetto quando ne ricorrano gli estremi*».



merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso».

Ebbene, in questo caso la Corte di Cassazione ha dato rilievo alla mancata comunicazione di fatti che, se conosciuti, avrebbero indotto, si dice testualmente, «ad una diversa conformazione del contratto», non al recesso dalle trattative. Ossia, a circostanze *incidenti* sulla volontà, non determinanti la stessa. Ed anche prescindendo dall'importanza data nella Relazione a questa decisione della S.C., a giustificare la sufficienza dell'incidenza della lacuna informativa sulla volontà si pongono, quantomeno, *i*) la convinzione che non sarebbe giustificato privare dell'azione di danni il soggetto che, avuta l'informazione, avrebbe (continuato a trattare e, *in thesi*) concordato condizioni diverse; nonché *ii*) l'esigenza di coerenza con la disciplina del dolo incidente.

Passo ora ad esaminare il destinatario dell'informazione. Ad essere tutelato sarà chi «ignora» l'informazione rilevante di cui la controparte è a conoscenza e ha fatto «necessario affidamento sulla lealtà» di quest'ultima. Come si legge a p. 9 della Relazione, invero, il progetto di riforma mira a realizzare un «*doveroso bilanciamento dell'obbligo di informare e dell'onere di informarsi*». Più precisamente, il Governo vuole dare concreta attuazione al principio di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., così come elaborato dalla giurisprudenza in tema di reticenza prenegoziale, obbligando la parte che conosce una informazione rilevante a comunicarla alla controparte; e vuole anche evitare di avallare condotte negligenti, financo parassitarie, nel corso delle trattative e della formazione del contratto.

L'ignoranza²⁵ è uno stato psichico che il Codice Civile italiano – modellato, come abbiamo già detto, su di una concezione del soggetto come individuo e scarsamente sensibile all'ipotesi di appartenenza dello stesso a classi sociali, economiche, culturali che ne giustificano un trattamento preferenziale²⁶ – ben conosce, posto che la pone alla base di importanti disposizioni²⁷ e la collocò tra le vicende che – ogni volta che emergessero

²⁵ L'ignoranza è intesa, in generale, come la mancanza di conoscenza; per ignoranza s'intende anche la conoscenza positiva di un dato contrario a quello reale. Rileva V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, 1990, p. 331 (rifacendosi al pensiero di E. ZIETELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Duncker & Humblot, 1879, p. 320), come la *mera ignoranza* da sola, non può dar causa all'azione e dunque al negozio. Di rilievo è dunque solo l'ignoranza di un fatto associata alla conoscenza di altro la quale sia in grado di suscitare l'azione.

²⁶ Costatazione suscettibile, ovviamente, di eccezioni, come dimostra la tutela concessa al lavoratore dipendente, ma anche, ad esempio, quella a favore dell'assicurato.

²⁷ L'art. 1341, co. 1, c.c., in prima battuta, a significare la percezione dell'area di maggior incidenza del problema.



all'interno della negoziazione – avrebbero dovuto essere gestite all'insegna della logica cooperativa, *ex fide bona*²⁸, non all'insegna di quella *egoistica*, o dell'*autoresponsabilità*, propria degli ordinamenti di stampo liberale, come quelli della *common law*. Possiamo definire l'ignoranza come la dimensione «individuale» e statica dell'asimmetria informativa²⁹.

L'affidamento, per contro, è uno stato psichico che sembra implicare una proiezione attiva, dinamica verso il suo oggetto, tale da distinguerlo da quello di mera non-conoscenza.

Nel progetto si prevede che esso sia «necessario». Si voleva forse dire «legittimo», ossia, incolpevole, come nell'art. 1338 c.c.? Oppure «necessario» significa «indispensabile», alludendo alle vicende in cui il diritto all'informazione discende dall'impossibilità, o dalla eccessiva onerosità, per la parte, di acquisire autonomamente una determinata informazione perché intimamente connessa alla controparte o alla prestazione che essa deve rendere³⁰?

²⁸ Il caso forse più evidente è l'art. 1338, ma di grande interesse è l'intera disciplina dei vizi occulti. A riguardo v. però L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1997, n. 1, p. 15, secondo cui il problema della consapevolezza e della libertà di decisione nella conclusione del contratto non è più quello tradizionalmente impostato dall'art. 1338 c.c., ossia quello di sanzionare il silenzio del contraente sull'esistenza di cause di invalidità ignote all'altro, bensì quello attinente ai «*presupposti e i limiti degli obblighi di informazione e di illustrazione dei termini dell'affare che la buona fede impone al contraente informato nei confronti di una controparte inesperta, disinformata, meno dotata di cultura economica-giuridica*».

²⁹ Invero, definizione già proposta in M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, 2002, p. 11.

³⁰ Rifacendoci a quanto osservato in passato – in M. DE POLI, *op. cit.*, *passim* – utilizzando, come paradigma, la disciplina dei vizi nella compravendita, notiamo che: *i*) essa riguarda casi di patologia nella comunicazione del venditore al compratore, mai nella direzione contraria. Questo dato non deve passare inosservato né deve essere considerato naturale. La falsa rappresentazione (l'errore) del venditore intorno a caratteristiche – intese in senso ampio – del bene da egli stesso venduto è fenomeno alquanto frequente, come ci attesta il copioso orientamento giurisprudenziale in tema di annullamento del contratto di compravendita di bene immobile per errore sulla natura edificatoria del terreno: si. v., tra le tante, Cass. civ., sez. II, 6 maggio 1991, n. 4984; e Cass. civ., sez. II, 12 ottobre 1985, n. 4955, che hanno entrambe annullato il contratto per errore del venditore stesso, ribadendo – se pur implicitamente – l'ininfluenza dell'elemento della scusabilità ai fini della pronuncia di annullamento del contratto per errore e così – sempre implicitamente – segnando la più evidente frattura fra piano invalidatorio e piano risarcitorio; *ii*) tutti i fatti storici presi in considerazione riguardano circostanze intrinseche al bene (così accade per i vizi e le mancanze di qualità). Il carattere necessariamente intrinseco al bene di vizi e mancanza di qualità è stato affermato in più occasioni: Cass. civ., sez. II, 29 marzo 1989, n. 1522, *e.g.*, ha respinto la domanda di risoluzione del contratto di vendita di valvole deviatrici per un impianto di riscaldamento – valvole in concreto impossibilitate a funzionare – rilevando che il difetto di funzionamento dipendeva dalle caratteristiche dell'impianto, incapace di supportare quel tipo di valvole, non da difetti o imperfezioni delle valvole, e che esso non era fatto la cui responsabilità potesse essere fatta cadere sul venditore, salvo che questi avesse promesso l'idoneità del pro-



Inoltre, tale affidamento, si noti, deve cadere non sulla controparte, ma sulla sua lealtà.

L'art. 1112-1, co. 1, del *Code Civil* presenta notevoli differenze rispetto alla disposizione del progetto di riforma italiano, offrendo tutela a chi, «*légitimement, ... ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant*». Il legislatore francese prende sì in considerazione entrambe le situazioni finora esaminate, ma le separa con una significativa disgiunzione («*ou*»), tutelando sia la parte che legittimamente ignora l'informazione rilevante, sia quella che fa legittimo affidamento sulla controparte (non sulla sua lealtà)³¹. Infine, degna di nota è la scelta del legislatore d'oltralpe di stabilire che sia l'ignoranza, sia l'affidamento devono essere legittimi e non, rispettivamente, incolpevole e necessario. La differenza è notevole, essendoci casi in cui l'ignoranza colpevole è legittima ed altri in cui è illegittima o, ancora, casi in cui l'ignoranza, pur incolpevole, è comunque illegittima. Quanto all'affidamento: quello necessario è tendenzialmente sempre legittimo, ma quello legittimo non sempre è necessario.

Ciò detto, trovo che la formula utilizzata dal Governo vada decisamente corretta e, in particolare, propongo che sia eliminata – drasticamente – la parte che fa riferimento al «necessario affidamento sulla lealtà della controparte»³². La trovo ridondante, inutile. In particolare, l'affidamento mi appare come uno stato, una proiezione del tutto eccedente ai fini che ci occupano oggi, così come al fine di tutelare la parte che abbia concluso un contratto invalido.

Questa convinzione si sorregge anche ponendosi dall'angolo visuale del processo e del contenuto della prova. Per comodità, cerco di verificarne la correttezza applicandola all'art. 1338 c.c., ove il legislatore utilizza sia lo stato dell'ignoranza sia quello del *confidare*.

dotto a soddisfare le particolari esigenze prospettate dal compratore, o in ogni modo incidenti sulle sue possibilità di utilizzo e sfruttamento e con esso in relazione (sussistenza sullo stesso di diritti reali o personali, garanzie reali, pignoramento, sequestro). Mai, invece, a vicende dell'ambiente esterno, pur se assolutamente rilevanti per la scelta (si pensi, se non alle consuete condizioni di mercato, alla presenza, nella zona ove stanzia il bene immobile venduto, di chiassosi mercati rionali, di locali pubblici aperti fino a notte tarda ecc.), e nemmeno a vicende riguardanti la persona del venditore (la qualità giuridica dello stesso, oppure il suo indirizzo): tutti fatti che – ovviamente – hanno la capacità, quanto meno a livello teorico, di deprezzare l'oggetto del contratto, mai di avvalorarlo.

³¹ «Sono quindi escluse dall'obbligo quelle informazioni che l'altra parte già aveva, nonché quelle che avrebbe potuto ottenere in modo ragionevole. In proposito, già prima della riforma la giurisprudenza aveva avuto occasione di ritenere legittima l'ignoranza in caso di impossibilità del contraente di acquisire l'informazione, nonché nei casi in cui, in base al rapporto di fiducia instaurato con il contraente, l'altra parte poteva legittimamente confidare in una completa informazione, come ad esempio nei rapporti tra soci, nelle relazioni familiari o amichevoli, nelle relazioni tra amministratori e soci, o nei contratti dei consumatori» (così, sull'articolo del *Code*, E. CALZOLAIO, *op. cit.*, p. 1309).

³² Colpisce che il legislatore non abbia utilizzato una formula nota e collaudata in materia precontrattuale quale quella che tutela la parte che, «senza sua colpa, ha confidato nella validità del contratto».



L'*inscientia* e l'affidamento sono – indiscutibilmente – *oggetti* della prova, non *strumenti* della stessa. Quali stati psichici, è legittimo, oltreché quasi sempre necessario, ricorrere per la loro prova allo strumento della presunzione e, così, anche, supporre che la prova dell'ignoranza sia il mezzo per ritenere dimostrato anche un altro (e diverso) fatto, l'affidamento. Se così è, però, è alto il rischio che gli indizi dell'ignoranza servano a dimostrare anche l'affidamento, con il risultato di scolorire le differenze tra i due stati psichici.

Che ignorare e confidare siano concetti difficilmente separabili e trattabili autonomamente – e che, di fatto, quando collocati l'uno con l'altro, si presentino come una sorta di *endiadi* – lo si comprende anche ponendosi al di fuori della dinamica processuale e rilevando che, nella realtà, l'atto di confidare sulla validità del contratto è, in genere, estraneo al procedimento psichico che accompagna il contraente alla stipulazione del contratto: salvo casi marginali, l'atto di confidare sembra una sovrastruttura artificiale, da convertire nel più realistico stato di non-conoscenza.

Ciò mi ha portato, in passato, a pensare che il legislatore abbia usato l'espressione «confidato sulla validità del contratto» dell'art. 1338 c. c. pensando non già a qualche cosa di positivo, ad una «persuasione» sulla validità, ma al contraente *ignorans*, ignaro e, comunque, al solo stato di non-conoscenza (incolpevole), quello di chi – facendo ricorso alla formula usata dall'art. 1147 c.c. – è in buona fede; e che, dunque, il risarcimento vada concesso dietro la sola dimostrazione dell'*inscientia* (incolpevole).

2.1. – Il Disegno di Legge qualifica come *inderogabile* la previsione che impone alle parti di comunicarsi le informazioni rilevanti. Così dispone anche – con un grado di precisione maggiore – il comma 5 dell'art. 1112-1 del *Code Civil*, secondo il quale «*Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir*». Pertanto, le parti non dovrebbero poter convenire alcuna deroga al dovere di comunicare le informazioni rilevanti di cui siano a conoscenza, né, dunque, escludendo tale obbligo né limitandone la portata.

Tale conclusione sembrerà scontata a chi riporta l'obbligo di informazione a quello di buona fede e considera lo stesso come uno dei «*doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*» di cui all'art. 2 Cost., trattando, dunque, l'art. 1337 c.c. come norma imperativa inderogabile³³. Questa convinzione trova terreno fertile in Francia,

³³ V. C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 1, Giuffrè, 1990, p. 158, secondo cui al «*dovere di salvaguardare l'utilità altrui compatibilmente col proprio interesse*», di cui all'art. 2 Cost., «*si riconducono specifica-*



dove il legislatore sancisce espressamente, all'art. 1104, co. 2, del *Code*, che l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nelle trattative, nella formazione e nell'esecuzione del contratto è una disposizione di ordine pubblico: «*Cette disposition est d'ordre public*»³⁴. Una simile impostazione – che, facendo divenire imperativa una regola di comportamento³⁵, comporterebbe la nullità tanto dell'accordo prenegoziale che legittima la reticenza di una o di entrambe le parti, tanto del contratto successivamente stipulato – pare lungi dall'essere accolta nel nostro ordinamento. Ed infatti la Suprema Corte, da tempo, sostiene che «*la disposizione dell'art. 1337 cod. civ. – 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 cod. civ.) norma meramente pre-cettiva 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 cod. civ., la cui violazione determina la nullità del contratto anche quando tale sanzione non sia espressamente comminata*»³⁶.

*mente gli obblighi di correttezza o di buona fede del privato, il quale è tenuto a tutti quei comportamenti attivi che, senza un suo rilevante sacrificio, valgono ad evitare o a diminuire l'altrui danno. [...] Obblighi di correttezza sono espressamente sanciti nel codice civile nelle trattative contrattuali (art. 1337)». Contra, G. D'AMICO, *Problemi dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato*, in G. ALPA e G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Giappichelli, 2018, pp. 398-399, secondo cui «non può non condividersi l'opinione di chi [L. MENGONI] ha autorevolmente osservato che la clausola di buona fede non ha bisogno di "stampelle" costituzionali (e in particolare della stampella dell'art. 2 Cost.). [...] La c.d. "costituzionalizzazione" della clausola generale di buona fede non solo non è necessaria, ma è fonte – oltre tutto – di un possibile equivoco (che non ha tardato di fatto a realizzarsi). Poiché i principi costituzionali hanno carattere "cogente" (in quanto norme fondamentali dell'ordinamento), è apparso inverosimile svolgere l'ulteriore "passaggio", consistente nell'affermazione del carattere "imperativo" anche della clausola generale (di buona fede) in quanto espressione del principio costituzionale di solidarietà».*

³⁴ Per una panoramica generale sul recente ampliamento della portata dell'«*ordre public*» nell'ordinamento francese si v., *ex multis*, G. PASSAGNOLI, *Note sull'ordre public dopo la riforma del code civil*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5, 2018, p. 1265 ss.

³⁵ Commentando la scelta del legislatore francese, A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code Civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in *Persona e Mercato*, n. 1, 2018, p. 98, osserva come «*il confine tra regole di validità e regole di comportamento/responsabilità sia talvolta piuttosto sottile. Una scorrettezza precontrattuale che consti nell'omessa informazione di un fatto determinante, da un lato, finisce col giustificare la conformazione del contenuto del contratto attraverso il risarcimento, dall'altro può essere il sostrato del dolo [...] o dell'abuso dello stato di dipendenza e cagionare l'invalidità del contratto. Se si ampliano i vizi del volere, com'è avvenuto con la riforma francese, si riduce la distanza tra le regole di comportamento e quelle di validità*».

³⁶ Così Cass. civ., sez. III, 18 ottobre 1980, n. 5610. Si veda anche Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724. A riguardo, la Corte, in una successiva pronuncia, ha ribadito la «*tradizionale distinzione*



Esprimo la mia contrarietà verso la scelta di definire l'obbligo come «inderogabile». Nei contratti *peer-to-peer* non c'è ragione perché le parti non possano disciplinare liberamente questo aspetto della loro relazione precontrattuale³⁷ e la buona fede non sarebbe comunque messa in discussione perché tali intese non legittimerebbero condotte in mala fede, limitandosi, piuttosto, a specificare lo svolgersi delle trattative ed i comportamenti cui si atterranno le parti. Invero, nel momento in cui una di esse è avvertita che non riceverà talune informazioni, la successiva – e preventivata – reticenza della controparte non potrà dirsi contraria a buona fede ma, invero, sarà conforme a quanto pattuito.

3. – La Relazione al Disegno di Legge fa intuire con certezza che il legislatore voglia attribuire alla parte che non abbia ricevuto le informazioni rilevanti che le spettavano, quantomeno, una tutela risarcitoria. Infatti, come già accennato, si legge³⁸ che «*Il criterio direttivo di cui alla lettera f) risulta in linea con gli approdi giurisprudenziali più recenti in tema di responsabilità precontrattuale (compendiati nella massima secondo cui “La violazione dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., assume*

tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell’atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità. Che tale distinzione, sovente ribadita anche dalla dottrina, sia fortemente radicata nei principi del codice civile è difficilmente contestabile. Per persuadersene è sufficiente considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede – immanente all’intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull’art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale (ivi compresi quelli qui in esame) – il codice civile faccia discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell’atto (come nel caso dell’annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l’obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perché il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite».

³⁷ Ad esempio, legittimando il silenzio di una di esse ovvero di entrambe circa informazioni particolarmente rilevanti, ovvero pattuendo un esonero di responsabilità per la parte che abbia omesso di comunicare all'altra una o più informazioni rilevanti.

³⁸ A p. 9 della Relazione.



rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso", Corte di cassazione, sezione prima, sentenza n. 5762 del 23 marzo 2016)»³⁹.

Resta però da sciogliere il nodo, già segnalato, della «soglia» di attivazione della tutela perché, se sarà confermato il testo dell'articolo, essa, posizionandosi all'altezza dell'informazione che, se vi fosse stata, avrebbe legittimato la parte a recedere dalla trattativa, priverà incomprensibilmente dell'azione di danni tutti coloro che avrebbero ugualmente concluso il contratto, seppure a condizioni diverse.

Inutile spendere troppe parole, poi, sul fatto che la parte che abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte, venuta a sapere del silenzio di questa su una circostanza determinante, potrà recedere giustificatamente dalle trattative. Nel caso, poi, in cui la parte che abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte e abbia subito dei danni a causa della condotta reticente di questa – basti pensare ai costi di assistenza legale, o a quelli di trasporto per giungere nel luogo delle trattative, etc. – avrà diritto al risarcimento degli stessi, sia nell'ipotesi in cui non abbia concluso il contratto sia in quella in cui lo abbia concluso (sia questo valido ovvero invalido).

Prima di passare all'esame della *vexata quaestio* dei rapporti tra silenzio e dolo contrattuale spendo qualche veloce osservazione sul tema dell'onere della prova. Il legislatore francese, sul punto, è lapidario, sancendo, all'art. 1112-1, co. 4, che *«Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie»*. Per l'ordinamento

³⁹Che la parte possa agire per il risarcimento sia nel caso in cui il contratto stipulato sia valido sia nel caso in cui sia invalido, nonché nel caso in cui esso non sia stato affatto concluso dimostra che il bene giuridico tutelato non è tanto il contratto stesso o il fine a cui lo stesso è predisposto ma la lealtà nelle trattative. Infatti, come opportunamente sottolineato dalla Suprema Corte, *«il bene tutelato dal citato art. 1337 c.c. non è propriamente quello che la parte invocante la responsabilità precontrattuale si propone di conseguire con il contratto, ma è la legittima aspettativa che le trattative si svolgano lealmente e correttamente su un piano di parità, senza che la controparte, per riserva mentale o senza serietà di intenti o addirittura con malizia, tenga impegnata l'altra parte, precludendole altre possibilità»* (così Cass. civ., sez. II, 26 aprile 2012, n. 6526). *Contra* v. C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 3, Giuffrè, 2000, p. 171, il quale ritiene che la fonte di responsabilità di cui all'art. 1338 c.c. non derivi tanto dalla reticenza di una delle parti ma, piuttosto, dalla stipula del contratto invalido. Secondo l'A., infatti, *«Il fatto lesivo, occorre aggiungere, non è costituito dalla mancata comunicazione delle cause d'invalidità o inefficacia ma, direttamente, dalla stipulazione del contratto invalido o inefficace da parte di chi conosce o dovrebbe conoscere tali cause»*.



francese, pertanto, la parte dovrà provare di essere stata legittimamente all'oscuro dell'informazione rilevante ovvero di aver fatto legittimo affidamento sulla controparte, e – *ça va sans dire* – che, se fosse venuta a conoscenza di quell'informazione, non si sarebbe determinata a contrarre; spetterà, invece, alla parte reticente dimostrare di aver fornito l'informazione in questione.

Il progetto di riforma italiano, invece, tace sul punto, lasciandone la soluzione alle regole in materia di onere della prova previste dal Codice Civile. Non è dato sapere se il silenzio del Governo sia dovuto a prudenza, indifferenza ovvero ad una dimenticanza; vero è che un suo intervento sarebbe auspicabile stante ancora l'incertezza sulla natura contrattuale ovvero extracontrattuale della responsabilità precontrattuale e le ricadute che lo stesso ha in tema di onere della prova.

A ben vedere, l'art. 1, co. 1, lett. *m*) del Disegno di Legge sembra aprire uno spiraglio circa la possibilità che il legislatore intervenga in materia: lo stesso dovrebbe, infatti, «*coordinare più razionalmente e compiutamente le eventuali ipotesi di concorso, cumulo o sovrapposizione di forme di responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale*». La Relazione, purtroppo, a p. 12, riporta quasi pedissequamente il progetto di delega, senza fornire alcun chiarimento⁴⁰, sicché non resta che auspicare che il legislatore delegato precisi egli stesso, entro i confini della futura Legge Delega, la natura e le caratteristiche della responsabilità precontrattuale.

Spetta ora affrontare il tema delle ricadute della riforma sui rapporti tra violazione dell'obbligo informativo e dolo contrattuale.

In un passo della Relazione⁴¹, il Governo contraddice apertamente la Suprema Corte, postulando il trattamento della condotta reticente in termini di dolo (omissivo): «*Il disegno di legge delega mira così a completare, con la normativa delegata attuativa dei detti principi e criteri direttivi, la tutela tradizionalmente assicurata in ambito contrattuale in*

⁴⁰ Contrariamente, invece, a quanto fa la Relazione alla riforma del *Code* – *i.e.*, il *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* – che, a p. 6, precisa che «*Cette responsabilité sera en principe de nature extracontractuelle*». Sul punto, v. D. DI SABATO, *op. cit.*, pp. 89-90, che sottolinea come «*l'art. 1112 code civil non fa espresso riferimento alla natura dell'illecito – e avrebbe potuto visto che l'ordonnance in diverse altre occasioni è prodiga di definizioni e enunciazioni di impronta pedagogica –*» ma che «*la scelta del legislatore, tuttavia, emerge oltre che dalla relazione di presentazione, dal tenore dell'art. 1116 code civil che espressamente prevede che la revoca illegittima dell'offerta contrattuale, che avvenga cioè prima del decorso del termine assegnato all'oblato o prima del decorso di un tempo ragionevole, impedisce la conclusione del contratto ma determina l'assunzione della responsabilità extracontrattuale da parte dell'autore*».

⁴¹ A p. 10.



caso di dolo, quale vizio del consenso e causa di invalidità del contratto ai sensi dell'articolo 1439 del codice civile o quale fonte di responsabilità ai sensi dell'articolo 1440 del codice civile. La disciplina dettata dal disegno di legge risulta innovativa sol che si consideri che entrambe tali ultime norme sono interpretate come escludenti dal loro ambito di operatività le condotte omissive reticenti, alla stregua della prevalente giurisprudenza civile che – malgrado le ben più variegate interpretazioni dottrinali, volte ad ampliare l'ambito applicativo del dolo omissivo – continua a richiedere condotte commissive, connotate da malizia o astuzia integranti i “raggiri”».

L'intento del Governo non si presta a fraintendimenti. Ciononostante, il dubbio che la violazione del nuovo obbligo informativo non costituisca «raggiri» ai sensi dell'art. 1439 c.c. permane per più ragioni: *i)* perché la riforma non prevede alcun intervento correttivo su quest'ultima disposizione, che rimane incentrata sul «raggiri» (declinato al plurale, tra l'altro) e la sua latitudine, con l'effetto che ciascun Giudice resterà libero di ritenere – come, del resto, riteniamo noi – che il silenzio non costituisca «raggiri»⁴²; *ii)*

⁴²La tesi della sufficienza del silenzio antidoveroso ed intenzionale come causa di annullamento non convince alla luce del disposto dell'art. 1439 c.c.: «*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*». La norma parla espressamente di «raggiri», si riferisce cioè ad una condotta positiva di uno dei contraenti tale da modificare la percezione della realtà della controparte. La *machinatio* tipica del dolo non può essere certo integrata dal mero silenzio su una o più informazioni determinanti: il mero silenzio non altera la percezione della realtà della controparte, si limita a lasciarla com'è. Altra cosa sarebbe stata se il *decepiens* avesse celato informazioni al *deceptus* – giustamente Cicerone ci ricorda che Diogene di Babilonia insegnava al suo discepolo Antipatro che «*aliud est celare, aliud est tacere*» (CICERONE, *De Officiis*, lib. III, par. 52) – ovvero se lo avesse rassicurato circa taluni suoi auto-convincimenti causati dall'ignoranza circa talune informazioni rilevanti. In entrambi questi casi è ravvisabile una condotta attiva del *decepiens*, integrante dei raggiri, e tale da giustificare l'annullamento del contratto per dolo. La giurisprudenza della Suprema Corte – salvo rare ed isolate pronunce, come Cass. civ., sez. II, 7 agosto 2002, n. 11896, già criticata in M. DE POLI, *Servono ancora i «raggiri» per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2004, p. 911 ss. – pare accogliere questa tesi, negando che il mero silenzio possa integrare il dolo di cui all'art. 1439 c.c. Infatti, «*pur potendo il dolo omissivo viziare la volontà e determinare l'annullamento del contratto, tuttavia, esso rileva a tal fine solo quando l'inerzia della parte contraente si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia od astuzia, a realizzare l'inganno perseguito. Il semplice silenzio, anche su situazioni di interesse della controparte, e la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione di essa alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituiscono causa invalidante del contratto. Piuttosto, la reticenza ed il silenzio non sono sufficienti a costituire il dolo, se non in rapporto alle circostanze ed al complesso del contegno che determina l'errore del “deceptus”, che devono essere tali da configurarsi quali malizia o astuzia volte a realizzare l'inganno perseguito*» (così Cass. civ., sez. VI, 8 maggio 2018, n. 11009; conformemente a Cass. civ., sez. lav., 17 maggio 2012, n. 7751; Cass. civ., sez. II, 31 maggio 2010, n. 13231; Cass. civ., sez. II, 20 aprile 2006, n. 9253). Giustamente la Suprema Corte considera rilevante il mero silenzio ai fini dell'annullamento solo nel caso in cui si inserisca in una serie di raggiri, non essendo lo stesso di per sé sufficiente ad integrarli. In generale, sulla figura del dolo



perché, a rafforzare tale conclusione, c'è l'argomento che vuole che un dovere di comunicare circostanze rilevanti per il consenso sia sempre esistito, *ex bona fide*, e che, pertanto, nulla sia cambiato se non una maggiore certezza del diritto; infine, *iii*) perché quel passo della Relazione, a ben vedere, mira a qualificare una fattispecie, non a regolarla e, perciò, con quel fare un po' pedagogico che lo contraddistingue, non pare essere vincolante⁴³.

Il *Code Civil*⁴⁴ si pone sulla stessa lunghezza d'onda ma con maggiore precisione: infatti, l'art. 1112-1, co. 6, stabilisce che «*Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants*». La norma indica chiaramente la responsabilità della parte reticente, la quale, pertanto, potrà essere convenuta per il risarcimento dei danni subiti dalla controparte che, legittimamente, era all'oscuro dell'informazione rilevante o le si era affidata. Sancisce poi l'annullabilità del contratto eventualmente concluso, rinviando alle norme in materia di vizi del consenso (gli artt. 1130 e ss.). Tra queste, l'art. 1137, co. 2, riconduce la condotta reticente ad una ipotesi di dolo, stabilendo che «*Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie*»⁴⁵.

negoziale, essenziale è il rinvio a A. GENTILI, voce "Dolo", in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 1 ss., oltre che a ID., *Le invalidità, Trattato Rescigno* a cura di Gabrielli, Torino 1999, vol. 2, p. 1394. In arg., si v. anche recentemente A.M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, n. XI, 2018, pp. 79 ss. e spec. 87 s.

⁴³ Sono inoltre convinto che occorra tenere distinti i casi in cui una condotta illecita (anti doverosa) produca l'effetto di (indurre a contrattare e di) far stipulare un contratto *che diversamente non sarebbe stato concluso*, violando così la *libertà* negoziale altrui – la menzogna, il raggirio commissivo sono casi emblematici di tale ipotesi perché la condotta dell'agente *causa* la scelta negoziale (ossia, ne costituisce la fonte) – da quelli in cui la condotta illecita non interagisce affatto sul processo determinativo dell'agente (che si forma in piena autonomia) ma produce l'effetto di *non fornire la completa rappresentazione dei fatti storici rilevanti* e, oppure, quello di *non impedire la conclusione del contratto* che, se non ci fosse stato l'illecito, non sarebbe stato concluso. In quest'ultima serie di casi sembra colpita più che la *libertà* negoziale (che appare *integra*, posto che al contratto la parte si è determinata in forza del proprio volere), la *consapevolezza* negoziale. Effettuata questa distinzione, il dolo contrattuale – per come lo immagina chi scrive, ossia solo di tipo *commissivo* – investe i soli casi di turbamento della *libertà* negoziale; l'errore, quelli della *consapevolezza* negoziale. La violazione dell'obbligo di informazione – intesa come fattispecie auto-sufficiente – si inserisce, a mio avviso, all'interno delle condotte causalmente capaci di *non impedire la conclusione del contratto* (turbativa della *consapevolezza*), non di quelle capaci di *determinarla* (turbativa della *libertà*).

⁴⁴ Riprendendo i principali orientamenti giurisprudenziali sul punto (così D. MAZEAUD, *op. cit.*, pp.435-436).

⁴⁵ Sul punto v. A. GORGONI, *I vizi del consenso nel code civil: un confronto con la disciplina italiana*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5, 2018, p. 1226, che correttamente osserva come il *Code* specifichi i contenuti del «raggiero», senza peraltro impiegare detto termine, in «*manouvres*» e «*mensognes*» (al comma primo dell'art. 1137) e in condotte reticenti (al comma secondo).



4. – Spetta ora formulare una proposta di articolato.

Le ipotesi che vedo plausibili sono tre: *i*) aggiungere un secondo comma all'art. 1337 c.c.; oppure *ii*) all'art. 1338; o, ancora, *iii*) inserire un nuovo articolo.

Scarterei la prima per rendere immune il dovere di buona fede da questi slanci positivisticici: il suo ruolo di *regola di chiusura* deve, a mio avviso, rimanere capace di operare anche, in ipotesi, con riferimento al nuovo obbligo di informazione precontrattuale.

Scarterei poi un possibile innesto nell'art. 1338 c.c. perché questa disposizione non mira ad introdurre un obbligo – come, invece, si fa nel Disegno di Legge quanto all'obbligo di informazione – ma a disciplinare la misura del risarcimento del danno in caso di violazione di un obbligo la cui esistenza è data per presunta.

Una soluzione potrebbe essere quella di aggiungere un nuovo art. 1337-*bis* c.c., il cui possibile contenuto – ripartito in due commi – potrebbe essere il seguente:

«Art. 1337-*bis*. Obbligo di informazione

Nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, la parte che sia o debba essere a conoscenza di un'informazione tale da determinare il consenso o da influire sulle condizioni del contratto deve darne notizia all'altra che la ignori senza sua colpa.

Sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto».

O, in alternativa,

«Art. 1337-*bis*. Obbligo di informazione

Nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, la parte che sia o debba essere a conoscenza di un'informazione che deve considerarsi determinante del consenso o incidente sulle condizioni del contratto, deve darne notizia all'altra che la ignori senza sua colpa.

Sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto».

Entrambe le proposte sono linguisticamente coerenti con le due disposizioni di riferimento, ossia gli artt. 1337 e 1338 c.c. La coerenza non è solo terminologica, dal momento che entrambe collocano l'obbligo nel preciso ambito individuato dall'art. 1337 c.c.; entrambe individuano il contenuto dell'obbligo (*i.e.*, dare notizia) così come fa l'art. 1338 c.c.; entrambe discriminano tra ignoranza colpevole ed incolpevole, così come fatto sempre dall'art. 1338 c.c.

La prima proposta parla di informazione «*tale ... da influire sulle condizioni del con-*

JUS CIVILE



tratto», utilizzando la formula di cui all'art. 1759 c.c. (Responsabilità del mediatore), formula che ha ben retto fin d'ora all'usura del tempo e dei contrasti interpretativi.

La seconda, invece, non ha punti di riferimento, almeno nel Codice, ma è un naturale svolgimento di fattispecie quali il dolo incidente.

Nessun correttivo, invece, ritengo vada apportato alla fattispecie del dolo negoziale, meglio sembrandomi non disperdere il connesso bagaglio di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.