

INTRODUZIONE

La rilevanza delle false informazioni, degli interessi lesi e delle forme di tutela potenzialmente rinvenibili nei moderni sistemi giuridici costituisce, per l'interprete, un terreno difficile, parzialmente esplorato e faticosamente riconducibile ad una sistematica unitaria.

Le ragioni sono facilmente comprensibili se solo si rifletta sull'attuale *vis* espansiva dei flussi informativi, sulla difficoltà di controllo dei contenuti che veicolano e sull'aumento di soggetti tenuti a particolari obblighi di comunicazione, fonte di correlata responsabilità.

Il primo equivoco da superare è che il «luogo giuridico¹» esclusivo della responsabilità da false o omesse informazioni sia la trattativa precontrattuale, che le assegna l'indubbia e definitiva «etichetta» di *culpa in contrahendo*.

Certamente, il tempo che precede la formazione dell'accordo rappresenta l'ambito d'elezione della nascita e dello sviluppo degli obblighi d'informazione, in particolare da quando, abbandonata la concezione mercantilistica degli scambi, è emerso che la disparità del potere contrattuale costituisce una costante quasi fisiologica delle relazioni economiche². Ma non ne esaurisce l'operatività.

Si tratta, infatti, di una responsabilità trasversale al sistema ordinamentale che si qualifica e si differenzia a seconda del momento in cui l'informazione viene diffusa e dei soggetti tenuti alla sua divulgazione.

Nella stessa fase prenegoziale, l'elaborazione e la teorizzazione degli obblighi d'informazione non è stata agevole, maturandosi attraverso un processo lento e difficile che pone in evidenza la natura sfuggente dei medesimi, «ottimo banco di prova per saggiare la resistenza delle tradizionali regole di

¹ L'espressione è di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 575.

² Sul tema si veda S. PATTI, *Il contratto tra «autonomie de la volonté» e moderno «zwingendes Vertragsrecht»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 369 ss.

responsabilità³», e interessando, altresì, il “discusso limine” tra illiceità e invalidità. Ed, invero, questo aspetto è particolarmente evidente nell’ordinamento francese, oggetto d’indagine privilegiata nel settore e recentemente interessato dalla riforma del diritto dei contratti⁴.

Fulcro della normativa, con specifico riferimento agli obblighi prenegoziali d’informazione, è il principio di *bonne foi* che conduce alla teorizzazione di una vera e propria *obligation de renseignement*, attraverso la previsione, a carico dei contraenti, di un effettivo dovere, idoneo a consentire una consapevole manifestazione del consenso negoziale. La riforma del 2016⁵, in conformità agli orientamenti della giurisprudenza, introduce nella fase delle trattative un obbligo generale d’informazione, qualora lo stesso rivesta un’importanza determinante per il consenso. Tale si considera quella notizia che presenta un apporto decisivo in ordine al contenuto del contratto, con la sola eccezione del valore della prestazione, relativo alla convenienza dell’affare.

L’ultimo comma dell’art. 1112-1 del *code civil* stabilisce, nell’ipotesi di violazione della suddetta previsione, il risarcimento danni a favore del soggetto danneggiato.

La disposizione, in caso di conclusione del contratto, rinvia alle norme in tema di errore e di dolo, che possono causare l’annullamento del vincolo contrattuale e costituire fonte di risarcimento, affidando all’interprete il compito di tracciare il *discrimen* tra regole di validità e di illiceità.

Diversamente dall’esperienza francese, l’esigenza di disciplinare la fase delle trattative nell’esperienza nostrana, com’è noto, è maturata già nel codice del ’42, ed è stata soddisfatta con gli artt. 1337 e 1338 del codice civile.

L’individuazione di un obbligo d’informazione apparentemente diffuso, tuttavia, non deve condurre a soluzioni fuorvianti: *l’obligation de renseignement* è “generale” ma non “generalizzata”.

Il riferimento alla clausola di buona fede non legittima eccessi poiché non è dato rinvenire, in entrambi gli ordinamenti, un dovere di comunicazione che imponga di rivelare qualsiasi circostanza attinente al concludendo negozio.

³ In tal senso, F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, p. 321.

⁴ Cfr. Capitolo I, § 1.

⁵ Introdotta con l’*ordonnance n. 2016 - 131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*.

Si evidenzia la necessità di determinare il contenuto ed i presupposti di esigibilità dell'informazione con la consapevolezza del carattere necessariamente tendenziale dell'operazione. Redigere un elenco dei singoli doveri d'informazione non solo si presterebbe a continue rettifiche per la diversa incidenza di fattori non astrattamente prevedibili e tipizzabili, ma sarebbe in contrasto con la stessa definizione della buona fede quale clausola generale.

Al diritto, spetta, evidentemente, di contemperare le contrapposte esigenze esistenti, che con riferimento al nostro tema si pongono, da un lato, nella celerità e sicurezza dei traffici e, dall'altro, nella graduazione dell'onere e del dovere d'informazione, per assicurare una situazione di equilibrio tra i contraenti.

Particolare rilievo assumono gli *status* soggettivi: ove il rapporto precontrattuale intercorra tra soggetti non dotati di pari competenza e professionalità, l'esattezza e la completezza dei dati rappresentano un indispensabile contributo, atto a compensare l'iniziale situazione di svantaggio. La portata dell'obbligo dipende da indici necessariamente variabili, trattandosi di valutare le circostanze del caso concreto; si ritiene, infatti che l'incidenza della necessità d'informare cresca in relazione al divario nel potere di negoziazione.

Colui che, in tali ipotesi, appare quale contraente "forte", grazie alle sue conoscenze superiori, o alla possibilità di accedervi in maniera agevolata, ha il dovere di metterne a parte colui che ne è sprovvisto.

L'opzione ermeneutica, tuttavia, non si pone in contrasto con il principio della libertà negoziale, proprio di entrambi gli ordinamenti esaminati: preservare le ragioni di ciascuna parte coinvolta nelle trattative e scongiurare eventuali abusi implica, invero, la piena attuazione della libertà contrattuale, quale autoregolamento di interessi.

Se è vero che il settore degli scambi conclusi tra professionista e consumatore e della contrattazione di massa rappresenta l'area di maggiore evoluzione dell'*obligation d'informer*, spinta anche dagli interventi legislativi di matrice comunitaria, non si tratta che di una delle manifestazioni del fenomeno.

Tale assunto accomuna la dottrina italiana e francese. Anche gli autori d'oltralpe, ritengono che confinare tale *obligation* in quest'ambito significhi sminuire il problema. L'obbligo d'informazione riguarda, infatti, ogni genere di negoziazione in cui emerga una disparità tra le parti, che non deve essere necessariamente stimata dal punto di vista economico, né tantomeno con esclusivo riferimento a parametri soggettivi che identificano la categoria del professionista o del consumatore. La valutazione va compiuta in rapporto al-

la diversa possibilità dei contraenti di accedere e di comprendere i dati essenziali al regolamento negoziale dei propri interessi.

Come già evidenziato, l'analisi sugli obblighi d'informazione al momento della conclusione del contratto pone in evidenza i legami tra *renseignement* e teoria generale di vizi del consenso: l'inadempimento dell'obbligo riflette il continuo intreccio tra regole di validità, inerenti alla fattispecie negoziale, e regole di responsabilità, relative al comportamento dei contraenti.

È evidente che nella fase delle trattative le parti abbiano interesse a conoscere le eventuali cause di invalidità che possano inficiare l'incontro di volontà. Ed infatti legislatore italiano ha inteso richiamare l'attenzione su tale circostanza, dedicandogli un'apposita previsione normativa: si allude all'art. 1338 c.c.

Sebbene con un certo ritardo, anche il legislatore francese si è conformato a tale esigenza, con l'introduzione dell'art. 1112-1, la cui prima parte prevede espressamente: «*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*».

In questo senso il *trend* legislativo è omologo in Italia ed in Francia.

In realtà, la questione è più complessa ed investe altresì i rapporti tra vizi del consenso ed informazione. Soprattutto in Francia, s'impone l'analisi della vicenda giurisprudenziale relativa all'interpretazione dell'*erreur sur la substance*. Anche in Italia, tuttavia, l'impostazione tradizionale è stata rivisitata da una lettura dello scambio contrattuale in chiave oggettiva.

Sebbene messa di continuo in discussione la distinzione tra invalidità negoziale e rimedio risarcitorio è ancora accolta nell'ordinamento francese ed in quello italiano.

Entrambi i sistemi, infatti, assegnano confini ben precisi alla rilevanza dei vizi del consenso anche se la recente riforma francese ha finito per ampliarne il raggio d'azione, non determinando, tuttavia, un'automatica sovrapposizione dei piani della responsabilità e della validità, ma piuttosto una diversa valutazione di quest'ultima.

Occorre riconoscere che esistono una serie di zone "grigie", in grado di far dubitare del fondamento della bipartizione.

Le ipotesi esemplificativamente richiamate sono quelle dell'errore non essenziale, della disciplina sui vizi occulti, nonché del dolo incidente, rispetto alle quali si potrebbe sostenere il possibile ascendente sul profilo della validità del comportamento contrario a buona fede, qualora quest'ultima, intesa

come “principio di ordine pubblico”, determinasse la nullità delle disposizioni contrattuali che disattendano gli obblighi di solidarietà e di salvaguardia da essa derivanti.

Invero, non sembra che la clausola generale della buona fede possa essere ampliata fino ad assimilare fattispecie così ontologicamente diverse.

In questa prospettiva, al fine di evitare che il rimedio dell’invalidità venga aggirato attraverso un’utilizzazione strumentale dei suoi limiti, risulta maggiormente coerente un’interpretazione che miri ad assegnare alle norme sulla responsabilità precontrattuale il ruolo di correttivo nel caso in cui la condotta sleale di uno dei contraenti abbia dato vita ad un regolamento di interessi che, pur valido, risulti pregiudizievole alle ragioni della controparte.

Fin qui i problemi connessi allo scambio di notizie in ambito prenegoziale, che, tuttavia, non esauriscono i profili della trattazione.

Se l’acquisizione del dato informativo assume particolare rilevanza nella definizione del programma negoziale e si presenta strumentale alla libera e consapevole manifestazione del consenso, in ambito contrattuale, l’informazione è dotata di una valenza peculiare, configurandosi, talvolta, come vera e propria obbligazione principale che vale a qualificare l’accordo.

La differenza è evidente: mentre, in linea generale, la diffusione delle notizie s’inserisce nel quadro di una più ampia operazione, volta a precisare i termini dell’affare, in tal caso, l’informazione si pone come ragione unica del contratto.

L’espressione adoperata dalla dottrina francese “*contrats de conseil*” rispecchia la diffusione di questo schema negoziale nei diversi settori delle contrattazioni. Si tratta, in effetti, di un istituto socialmente tipico, che, come tale, presenta una configurazione estremamente variegata.

Il riferimento è a quei contratti il cui dovere di assistere sia assunto da un professionista, dietro corrispettivo, al fine di curare gli interessi del cliente, indirizzandone le scelte.

Il *consultant professionnel*, figura rinvenibile anche nel nostro ordinamento, è tenuto ad impiegare la perizia ed i mezzi tecnici adeguati allo *standard* della categoria di appartenenza attraverso un vero e proprio *tribut de confiance*, nel caso in cui la controparte risulti del tutto “incompetente”. La diligenza, tipica delle obbligazioni contrattuali, diviene, ad un tempo, criterio di determinazione del contenuto della prestazione e parametro di responsabilità, indicando l’impegno richiesto al debitore nella fase esecutiva.

Il fondamento dogmatico della responsabilità da false o omesse informazioni non presenta aspetti particolarmente problematici quando la trasmis-

sione di notizie si qualifichi come prestazione, principale o accessoria, di un obbligo contrattuale specificamente assunto.

Il vero *punctum dolens* consiste, invece, nell'individuazione della fonte di responsabilità in assenza di qualsiasi pregresso accordo tra "informante ed informato".

La natura della responsabilità da false o omesse informazioni che esulino da un rapporto contrattuale, probabilmente il profilo maggiormente interessante del tema, resta ad oggi una questione "aperta", che riguarda le possibili interferenze tra la disciplina del contratto – nella discussa "specie" del contatto sociale – e quella dell'illecito e sulla quale permane una forte dissociazione, se non un vero e proprio "conflitto" tra formanti.

Il contrasto è particolarmente avvertito nel nostro ordinamento, soprattutto alla luce dei recenti interventi legislativi in materia di responsabilità medica.

Il lavoro si propone di investigare il complesso ambito della responsabilità da false informazioni nell'ordinamento italiano e francese, nel quale quest'ultima si è cominciata a costituire intorno ad alcuni precedenti piuttosto risalenti⁶, allo scopo di fare chiarezza, per quanto possibile, sul rapporto con gli istituti sui cui incide e tracciarne le dinamiche e le linee di sviluppo.

La trattazione prende le mosse dall'analisi della rilevanza dell'obbligo d'informazione nella fase delle trattative precontrattuali, per estendersi all'esame di alcune fattispecie maggiormente interessate dalle conseguenze relative alla sua violazione.

Si allude al settore bancario, alla pubblicità ingannevole, allo spinoso dibattito sulla responsabilità medica.

Nell'ultimo capitolo sono dedicate le riflessioni relative all'inquadramento giuridico delle informazioni non veritiere qualora si prescinda da una fonte contrattuale o l'obbligo da cui derivano non sia chiaramente riconducibile al contenuto dell'accordo negoziale, nella consapevolezza di non poter lasciare il problema in un'agnostica «indifferenza dogmatica⁷».

⁶ Cfr. Capitolo III, § 4.

⁷ F. RANIERI, *La responsabilità da false informazioni*, in *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, p. 283 ss.

CAPITOLO I

INFORMAZIONI INESATTE E *CULPA IN CONTRAHENDO*

SOMMARIO: 1. *Obligation de renseignement e obligation de conseil* nel sistema francese. – 2. La fonte dell'obbligo: buona fede precontrattuale e tutela dell'affidamento. – 3. Condizioni di ammissibilità dell'obbligo d'informazione nella fase delle trattative. – 4. Il contenuto: *obligation d'informer* e convenienza dell'affare. – 5. Natura e limiti dell'interesse tutelato. – 6. La regola della validità e i vizi del consenso. – 6.1. La volontaria induzione in errore. Dolo omissivo e *réticence dolosive*. – 6.2. Errore e false informazioni: dall'*erreur sur la substance* al requisito dell'essenzialità.

1. *Obligation de renseignement e obligation de conseil nel sistema francese*

Nel sistema francese, fino alla recente riforma del 2016, non esistevano disposizioni generali in materia di *culpa in contrahendo*. La disciplina legislativa è stata introdotta con l'*ordonnance* n. 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations, che dedica diversi articoli alla fase di negoziazione del contratto¹. La ragione di tale pregressa mancanza si deve probabilmente all'ec-

¹ In tema, cfr. G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 177; F. BENATTI, *Note sulla riforma del Libro II del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, p. 627 ss.; T. DESHAYES-O. GENICON-Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2016, *passim*; C.L. KLEISTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1543 ss.; D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss.; M. MEKKI, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, in *Recueil*

cessiva fiducia nella libertà contrattuale delle parti ed alla “ritenuta” assenza, per i redattori del vecchio codice del 1804, della reale necessità di regolamentare l'attività prodromica alla conclusione dell'accordo².

Tale lacuna, particolarmente avvertita nella moderna economia, nella quale la disparità del potere contrattuale costituisce ormai una costante fisiologica delle relazioni economiche, è stata colmata dall'attività vicaria della giurisprudenza che l'*ordonnance* recepisce, nel dichiarato intento di colmare il divario tra la disciplina del *code civil* ed il diritto vivente.

L'indagine, fermo il dato legislativo, non può pertanto prescindere da un'analisi diacronica sul tema che costituisce un antecedente necessario alla definizione ed alla comprensione dell'attuale regolamentazione.

L'art. 1112 del *code civil*, d'altra parte, nell'affermare che l'iniziativa e l'interruzione delle trattative precontrattuali sono libere salvo il limite della colpa³, sembra richiamare la regola generale in tema di responsabilità civile nonché la disciplina relativa ai vizi della volontà, strumenti utilizzati, prima della riforma, per tutelare le aspettative del contraente deluso.

Tale circostanza ha notevolmente influito sull'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale degli obblighi di informazione, teorizzati nel tentativo di annullare la lacuna normativa.

Orbene, in quest'ambito, emerge la propensione degli interpreti d'oltralpe per le classificazioni.

La dottrina francese, infatti, propone la distinzione tra *obligation de renseignement* e *obligation de conseil*, anche se, invero, non riesce a dimostrare con rigore la *ratio* della dicotomia.

La ricorrenza delle due espressioni impone di tracciare un sintetico quadro degli orientamenti a sostegno della declamata, più che dimostrata, differenziazione.

Dalloz, 2016, p. 494 ss.; C. CREA, *Riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto privato francese*, in G. PERLINGIERI-A. FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, I, p. 229 ss.; J. CARTWRIGHT-S. WHITTAKER, *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford, 2017, p. 395 ss.

² Sul punto D. DI SABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1, p. 81.

³ L'art. 1112 del *code civil* così dispone: «*L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu*».

Secondo alcuni autori la linea di confine dovrebbe individuarsi con riguardo all'oggetto dell'obbligazione⁴. L'*obligation de conseil* implicherebbe un giudizio di valore, una valutazione che illustri l'opportunità economica o tecnica dell'affare, al fine di orientare le scelte della controparte o di garantire una più attenta ponderazione degli interessi in gioco. L'*obligation de renseignement*, al contrario, avrebbe ad oggetto un mero avviso, un'informazione o avvertenza dal contenuto neutro, destinata ad incidere in modo meno pregnante sulla decisione di uno dei contraenti.

Un diverso orientamento preferisce, invece, rivolgere l'attenzione al fattore cronologico⁵. Si afferma che l'*obligation de renseignement* attenga squisitamente alla fase precontrattuale, collocandosi in un momento anteriore alla manifestazione di volontà ed interessando direttamente la formazione del consenso e la validità dell'accordo. Il *devoir de conseil* sarebbe, per contro, collegato all'esatto adempimento dell'obbligazione di consegna o di garanzia, influenzando sul profilo attuativo. Le due categorie troverebbero, inoltre, diversi referenti normativi. Mentre a fondamento dell'*obligation de conseil* si richiama l'art. 1602 del *code civil*, che impone al venditore di definire chiaramente il contenuto del proprio obbligo o la regola sui vizi occulti, la fonte dell'*obligation de renseignement* è individuata nella disciplina dei vizi del consenso.

Non manca, infine, un'interpretazione volta a sottolineare la diversa valenza del dato funzionale rispetto al profilo patologico⁶: alcune informazioni

⁴ Cfr. M. DE JOUGLART, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, p. 1 ss.; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat: formation*, Paris, 1980, p. 503 ss.; B. RUDDEN, *Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignement*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1985, p. 91 ss. Particolarmente incisivo è Y. BOYER, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, Aix-Marseille, 1977, pp. 20-26. L'Autore distingue nettamente le due obbligazioni quanto al contenuto: «... le simple renseignement a pour finalité la communication par un contractant à l'autre contractant des conditions et de la portée de ses engagements. Par conséquent, le renseignement est neutre en ce qu'il n'implique en soi aucune impulsion à agir ou à ne pas agir». Viceversa, «... le conseil est une incitation différente d'un simple renseignement; il est plus contraignant ... L'obligation de conseil tend à orienter la décision du client».

⁵ Si veda, in particolare, P. LE TOURNEAU, *De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil*, in *Dalloz*, 1987, p. 101 ss., che rifiuta il parametro contenutistico, considerandolo fonte di differenziazioni artificiose: «J'utiliserai indifféremment les expressions d'obligation de renseignement, d'information ou de conseil, car la précision est inutile et n'apporterait qu'une gêne, au égard à la nature de ce que j'envisage d'exposer».

⁶ È tale l'orientamento suggerito da M. FABRE MAGNAN, *De l'obligation d'information*

sarebbero strumentali ad una consapevole manifestazione del consenso negoziale; altre costituirebbero obbligazioni accessorie alla prestazione principale. Di conseguenza, l'inattuazione dell'obbligo sarebbe destinato a tradursi in un vizio della volontà – essenziale o incidente – o in un vero e proprio inadempimento contrattuale.

Nonostante gli sforzi compiuti, non sembra che i criteri proposti riescano a fornire un parametro distintivo sufficientemente certo.

La tesi che pretende di far leva sull'aspetto oggettivo fallisce perché è estremamente difficile stabilire quando l'informazione abbia un contenuto neutro e quando, invece, esprima un'opzione valutativa. Sovente alcune notizie sono comunicate a giustificazione o a sostegno di un *conseil* e, dunque, costituendo parte integrante di quest'ultimo, ne fondano la motivazione.

L'impostazione che guarda al momento cronologico è manchevole nel caso di negoziati che si protraggono nel tempo attraverso una serie di accordi preliminari, in cui anche l'obbligo d'informare può assumere natura contrattuale.

L'orientamento rivolto alla fase patologica pretende di fornire la definizione di un obbligo solo nel momento in cui questo è stato inattuato.

Si ritiene che la difficoltà di distinguere l'*obligation de renseignement* dall'*obligation de conseil* sia un chiaro segno della natura "ambigua" della responsabilità da false informazioni.

È sintomatico, quindi, che la giurisprudenza, senza particolari preoccupazioni, utilizzi i due termini in modo fungibile⁷.

E, tuttavia, un approccio esclusivamente casistico non si addice allo studio della problematica nell'ambito di un sistema che, come quello francese, si qualifica come ordinamento di *civil law*.

In altri termini, s'intende prescindere da distinzioni aprioristiche nella convinzione che una visione generale consenta un utile confronto tra i diversi aspetti dell'*obligation d'information*, determinata, come si avrà modo di chiarire in seguito, nel suo contenuto e nella sua estensione, dalla riforma del 2016.

dans les contrats. Essai d'une théorie, Paris, 1992, p. 379 ss. La diversa funzione dell'obbligo si riflette sul momento patologico.

⁷La considerazione è di B. STARCK, *Droit civil. Obligations, II, Contrat*, Paris, 1989, p. 114. L'Autore, nell'analisi dedicata agli obblighi di informazione, dichiara di rifiutare le distinzioni proposte dalla dottrina che si risolvono, in ultima analisi, in mero esercizio di retorica giuridica.

2. La fonte dell'obbligo: buona fede precontrattuale e tutela dell'affidamento

Il tentativo di arginare la disparità nell'accesso alle informazioni ed il conseguente divario conoscitivo nella fase prenegoziale hanno contribuito a riempire di nuovi contenuti la clausola generale di buona fede. L'ampia dizione dell'art. 1337 c.c. ha, infatti, consentito alla dottrina italiana d'individuare un generale dovere di informazione durante l'*iter* di perfezionamento del contratto, anche in assenza di specifiche prescrizioni normative.

La crescente diffusione di fenomeni legati alla produzione di serie ed alla contrattazione di massa, la maggiore competenza del contraente *professionnel* e la tendenziale spersonalizzazione delle relazioni negoziali, trovano, dunque, nelle regole della buona fede oggettiva e della correttezza un valido "contraltare", atto ad assicurare un equo temperamento dei contrapposti interessi contrattuali.

È proprio con specifico riferimento agli obblighi prenegoziali d'informazione che il principio di buona fede conosce nel sistema francese una nuova stagione. Relegata a norma meramente classificatoria⁸, la disposizione dell'art. 1334, n. 3 del *code civil* viene completamente accantonata durante il XIX secolo, nel timore che il riferimento ad un parametro indefinito possa legittimare arbitri del giudice e risolversi in uno strumento che vanifichi l'autonomia privata. Solo in tempi relativamente recenti si assiste ad una rivalutazione dell'istituto ed alla teorizzazione di una vera e propria *obligation de renseignement* che si giustifica attraverso il riferimento alla *bonne foi*⁹.

L'estensione del concetto nell'ambito prenegoziale si riscontra anche nella tendenza giurisprudenziale, che sancisce a carico dei contraenti un dovere d'informazione idoneo a consentire una consapevole manifestazione del consenso negoziale¹⁰.

⁸ Si riteneva che la formulazione dell'art. 1334, n. 3 richiamasse la distinzione tra contratti di stretto diritto e contratti di buona fede, mutuata dal diritto romano e considerata desueta. Lo sottolinea G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999, p. 13 ss., che sottolinea come la storia della buona fede in Francia non sia «affatto lineare», nonostante l'ampio dibattito sull'abuso del diritto. L'atteggiamento dei giuristi francesi cambia soprattutto a seguito delle nuove istanze di tutela, sollecitate dallo sviluppo dei traffici internazionali e dalla *lex mercatoria*.

⁹ Cfr. M. DE JOUGLART, *op. cit.*, p. 1; J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 502 ss.

¹⁰ *Ex multis*, Cass., 24 maggio 1972, in *Bull. civ.*, III, n. 324, p. 291, che esclude specifi-

La diffidenza verso un concetto elastico¹¹ viene superata cercando di contemperare il principio volontaristico con la regola della responsabilità. Si afferma che la parte che conosce, o dovrebbe conoscere, anche in ragione della sua qualifica professionale, un elemento o una circostanza determinante ai fini della conclusione del contratto deve darne pronto avviso alla controparte al fine di non ingenerare falsi affidamenti. La regola della buona fede costituisce, dunque, la fonte del dovere di comunicazione, soprattutto quando vi sia uno squilibrio derivante dalla superiorità economica o dalla particolare competenza di uno dei contraenti. La disparità non costituisce, tuttavia, l'unico presupposto che fonda un *devoir de renseignement*; tale obbligo discende altresì dalla particolare natura del contratto o della prestazione che vi acceda.

Il recupero della clausola di *bonne foi*, quale parametro attraverso il quale valutare il contegno prenegoziale alla stregua di *standard* socialmente accettati, operato dalla giurisprudenza, trova definitiva consacrazione nell'attuale art. 1104 del *code civil*, a seguito della riforma del diritto contrattuale del 2016. La norma stabilisce che i contratti devono essere negoziati, formati ed eseguiti secondo buona fede, la quale, peraltro, viene espressamente elevata a rango di principio di ordine pubblico¹². Con specifico riferimento alla fase

camente la disciplina dei vizi occulti e afferma che le informazioni sono dovute se la loro assenza determini un'alterazione del consenso; Cass., 19 aprile 1988, in *Bull. civ.*, 1988, I, n. 107, p. 73; Cass., 29 maggio 1984, in *Dalloz*, 1985, p. 281.

¹¹ L'estrema cautela nell'impiego delle clausole generali, ingenerata dal timore che il richiamo a principi indefiniti potesse rievocare i fondamenti dell'ideologia fascista, è comune anche alla dottrina italiana degli anni cinquanta. Il dibattito sul tema riprende soprattutto grazie agli studi di S. RODOTÀ, del quale si veda in particolare, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro pad.*, 1964, I, p. 1283 ss.; *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 184 ss.; *Conclusioni: il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede. Atti della Giornata di studio tenuta a Pisa il 14 giugno 1985*, Milano, 1987, pp. 268-269. Il concetto di buona fede, quale principio cardine dell'ordinamento, deve essere ulteriormente distinto dal criterio di equità: «lo spazio dell'equità è residuale nel nostro sistema», colmando la lacuna legislativa o gli spazi lasciati dall'autonomia privata, mentre «il governo della discrezionalità delle parti» secondo buona fede comporta una «interferenza con le valutazioni private di valori desumibili dallo stesso ordinamento o espressivi di tendenze o posizioni esistenti nella società». Così A. DI MAJO, *Delle obbligazioni*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1988, p. 301. L'Autore precisa che le clausole generali non si identificano né con concetti indeterminati ed elastici, né con parametri normativi. Pur coinvolgendo le disposizioni che attribuiscono al giudice un potere di libero apprezzamento, esse non coincidono con tali disposizioni, raccordando la discrezionalità dell'organo giudicante a *standard* aventi natura convenzionale.

¹² In tal senso gli artt. 1104 e 1112 del *code civil*.

prenegoziale, l'art. 1112 del *code civil* la richiama nuovamente, disponendo che l'iniziativa, lo svolgimento e la rottura delle negoziazioni sono libere ma devono rispettare le condizioni imposte dal principio di buona fede.

Si può senza dubbio affermare che, prima della riforma, il confronto con i classici della letteratura giuridica e le pronunce giurisprudenziali al fine di comprendere l'esatto contenuto ed i limiti relativi all'*obligation précontractuelle de renseignement*, deluda gli interpreti.

La situazione si modifica sensibilmente con la riforma del 2016 che, recependo gli orientamenti della giurisprudenza, introduce nella fase delle trattative un obbligo generale d'informazione, qualora la medesima rivesta un'importanza determinante per il consenso¹³. Tale si considera quella notizia che ha un nesso diretto e necessario con il contenuto del contratto, ovvero relativa alla prestazione fornita, alla liceità dell'operazione, con la sola eccezione del valore della prestazione, espressamente esclusa dall'art. 1112-1 del *code civil*¹⁴. Come si evince dal testo dell'articolo, restano fuori le informazioni che il contraente avrebbe *dovuto conoscere* secondo l'ordinaria diligenza, che il progetto iniziale di riforma prevedeva. Evidentemente l'esclusione trova la sua *ratio* nel timore di un'eccessiva dilatazione dell'obbligo di comunicazione, tale da trasformarlo in un «dovere di consulenza¹⁵». Doveri che, per particolari categorie, si rinviene in obblighi professionali.

L'ultimo comma dell'art. 1112-1 prevede, nell'ipotesi di violazione dell'obbligo, il risarcimento danni a favore del soggetto danneggiato. La disposizione, in caso di conclusione del contratto, rinvia alle norme in tema di errore e di dolo, che possono determinare l'annullamento del vincolo contrattuale ed il risarcimento, secondo le regole di diritto comune.

¹³ Sul tema A. FEDERICO, *La riforma dei contratti in Francia – négociations e obblighi di riservatezza*, in *Giur. it.*, 2018, 5, p. 1309 ss.

¹⁴ «*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. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. 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. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. 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*».

¹⁵ Così E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese. Profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 4, p. 1308.

Analogamente all'esperienza d'oltralpe, anche nel nostro ordinamento, la possibilità di riconoscere l'esistenza, nella fase prodromica alla nascita del vincolo contrattuale, di veri e propri "obblighi" con connesse responsabilità è stata per lungo tempo ignorata. Il codice del 1865 non conteneva alcuna regola in tal senso. Diversamente da questa, l'esigenza è maturata già nel '42 e soddisfatta con due apposite previsioni. Si allude agli artt. 1337 e 1338 c.c.

Il referente normativo più immediato è rappresentato sicuramente dall'art. 1338 c.c. che pone a carico della parte che abbia – o debba avere – cognizione di eventuali cause d'invalidità o d'inefficacia, l'obbligo di darne comunicazione alla controparte. Il fatto che il legislatore si sia preoccupato d'introdurre questa specifica disposizione, ha indotto alla conclusione che l'unico obbligo d'informazione rilevante durante la fase prenegoziale sia la previsione di cui all'art. 1338 c.c.

La suddetta interpretazione si basa su una sorta di equazione matematica: se tale dovere fosse già ricavabile dall'art. 1337 c.c., che allude ad un generico dovere di comportarsi secondo buona fede, la successiva norma sarebbe inevitabilmente pleonastica. È noto, tuttavia, che la logica matematica non sempre conduca a risultati appaganti sul piano del diritto. L'opzione sillogistica, oltre ad avere portata euristica limitata, si dimostra fallace, coerentemente le premesse di partenza. Ad una più attenta analisi, infatti, le due disposizioni si riferiscono ad ipotesi diverse.

L'art. 1338 c.c. collega la tutela risarcitoria ad una fattispecie complessa in cui l'omessa comunicazione si pone quale causa della stipulazione di un contratto invalido o inefficace. Non è, per contro, da escludere che l'inadempimento dell'obbligo precontrattuale in sé considerato possa costituire fonte di danno anche in mancanza di un accordo invalido¹⁶. Se, probabilmente,

¹⁶ La problematica si inserisce nella più ampia questione che attiene al temperamento tra regole di validità e di responsabilità. In una letteratura sconfinata sul tema, si vedano in particolare G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1999, *passim*; A. RICCIO, La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 21 ss.; F. PROSPERI, La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole, in R. FAVALE-B. MARUCCI (a cura di), *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, II, Napoli, 2003, p. 569 ss.; F. SARTORI, Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Discipline e forme di tutela, Milano, 2004, *passim*; P. SIRENA, L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 787 ss.; G. VETTORI, Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 104 ss.; A. GENTILI, Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 37 ss.; F. GRECO, In-

appare eccessivo negare l'esistenza di un qualsiasi nesso tra le due norme in commento, si ritiene che possa ravvisarsi tra esse un rapporto di *genus ad speciem*. L'art. 1337 c.c., nella sua formulazione "elastica", fonda, in altri termini, un generale dovere d'informazione che trascende l'ipotesi descritta dall'art. 1338 c.c.¹⁷.

formazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria, Milano, 2010, p. 79 ss.; R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, p. 303 ss. Pregevole è la ricostruzione di M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, *passim*, che analizza le diverse ipotesi in cui l'accordo negoziale, pur non presentando disfunzioni strutturali che conducano ad una patologia, si rivela non idoneo al perseguimento dell'interesse concretamente sotteso all'operazione economica o esprime il risultato di una scelta non consapevole. In tali casi la regola dell'invalidità non può operare perché ne difettano i presupposti: non ricorrono i requisiti del dolo o della violenza, l'errore non si qualifica come essenziale. Pur mancando la corrispondenza tra la fattispecie di vizio astrattamente tipizzata e l'alterazione del regolamento contrattuale, la condotta di una delle parti, estrinsecatasi in silenzi, menzogne, reticenze e comportamenti ambigui, appare sleale, scorretta, tesa, in definitiva, ad un illecito approfittamento ai danni dell'altro contraente. Di fronte a queste situazioni "intermedie" si pone il problema dell'interferenza tra il piano della validità e quello della responsabilità: il primo, statico, che attiene all'oggettiva conformità dell'accordo allo schema legale; il secondo, dinamico, che verifica la corrispondenza della condotta delle parti al principio di correttezza e buona fede. Sulla tematica cfr. anche G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto invalido? (L'isola che non c'è)*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 197 ss. In giurisprudenza, si veda Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Danno e resp.*, 2014, p. 139 ss. Più di recente, Cass., 23 marzo 2016, n. 5762, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1517 ss.

¹⁷ È questa l'opinione prevalente suggerita, tra gli altri, da G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 60 ss. L'ambito di applicazione dell'art. 1338 c.c. è circoscritto alle ipotesi in cui le parti siano addivenute ad un contratto, successivamente dichiarato invalido o inefficace. L'affermazione non vale ad escludere ogni tutela nel caso in cui uno dei contraenti subisca un pregiudizio in mancanza di stipulazione invalida, ma comporta che il referente normativo di tale tutela sia individuato nell'art. 1337 c.c. Per completezza, occorre segnalare che del rapporto tra l'art. 1337 e l'art. 1338 c.c. sono state fornite varie interpretazioni. Prescindendo dalla tesi estrema che vede l'art. 1338 c.c. quale unica fonte di responsabilità precontrattuale, la quale si risolve in un'inaccettabile *interpretatio abrogans* dell'art. 1337 c.c., un'altra soluzione prospettata è stata quella di concepire l'art. 1338 c.c. come norma integrativa rispetto all'art. 1337 c.c. Per tale impostazione, che vede le due disposizioni su un piano paritetico, cfr. C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 96 ss. L'analisi della problematica è affrontata con particolare attenzione da G. PIGNATARO, *op. cit.*, pp. 126-132. Si veda anche M. MANTOVANI, *op. cit.*, pp. 145-162 e riferimenti bibliografici *ivi* contenuti.

La qualificazione dell'obbligo d'informazione come generale non deve, tuttavia, indurre in equivoci: il riferimento alla clausola di buona fede non legittima eccessi, poiché non è dato rinvenire, nel nostro ordinamento ed in quello francese, un dovere di comunicazione che imponga di rivelare qualsiasi circostanza attinente al negozio che s'intende concludere.

Sorge l'esigenza di determinare il contenuto ed i presupposti di esigibilità dell'informazione con l'avvertenza che tale individuazione presenta un carattere necessariamente tendenziale. Stilare un elenco dei singoli doveri di informazione non solo si presterebbe a continue smentite per la diversa incidenza di fattori non astrattamente tipizzabili, ma sarebbe in contrasto con la stessa definizione della buona fede quale clausola generale. Né sembra che un valido ausilio possa provenire dalle elaborazioni mutate dall'analisi economica del diritto, che tenta di vagliare l'efficacia della regola giuridica alla stregua di criteri algebrici di ripartizione costi-benefici¹⁸. Il rigore del meccanismo economico prescinde necessariamente da valutazioni in termini di correttezza e, in definitiva, fallisce l'obiettivo di tutela che pur dichiara di perseguire. In quest'ottica il dato informativo è inteso come bene suscettibile di appropriazione e sfruttamento¹⁹. L'affermazione porta con sé un impor-

¹⁸ Il movimento *Law and Economics*, che ha avuto una certa eco presso gli studiosi italiani, non ha riscosso altrettanto successo in Francia. Con specifico riferimento al tema in esame si veda A.T. KRONMAN, *Mistake. Disclosure. Information and the law of contracts*, trad. it. in *Interpretazione giuridica ed analisi economica*, a cura di G. ALPA-F. PULITINI-S. RODOTÁ-F. ROMANI, Milano, 1982, p. 337 ss. Per l'ordinamento francese il riferimento è a B. RUDDEN, *Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignement*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1985, p. 91 ss.; M. FABRE MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, 1992, p. 74, ove l'autore espone e critica la teoria di Kronman.

¹⁹ La dottrina (italiana e francese) si è a lungo interrogata sul problema dell'informazione come bene. La tematica è sviluppata soprattutto da P. CATALA, *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, in *Dalloz*, 1984, p. 97 ss.; J.C. GALLOUX, *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, *ibidem*, 1994, p. 229 ss. L'Autore non definisce l'informazione come bene, ma sostiene che «*il serait plus juste d'affirmer qu'elle est d'abord une chose*», sollecitando l'ulteriore interrogativo circa la non coincidenza, nei due ordinamenti in esame, tra il concetto di bene e di cosa. In Italia, il problema è affrontato da P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 332 ss., e da V. ZENO ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. it. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1989, p. 440 ss. il quale ritiene, tuttavia, che l'informazione riceva una tutela solo riflessa e non possa autonomamente essere considerata come bene. Un'analisi differenziata dell'informazione, in rapporto alle diverse problematiche cui inerisce è apparsa la soluzione adeguata a scongiurare opzioni improntate ad un rigido dogmatismo. Cfr., S. SICA, *L'informazione come bene*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 208 ss. In giurisprudenza, il *Tribunal de grande instance de Paris* ha ritenuto che un'immagine, suscet-

tante corollario: l'acquisizione di informazioni determina costi economici che devono essere ripartiti tra i contraenti. Il *discrimen* tra informazione che può essere taciuta ed informazione che deve essere rivelata coincide con il parametro di ripartizione di tali costi. Di conseguenza, se la stessa è stata ottenuta preordinatamente ed a seguito di una costosa ricerca all'uopo eseguita, si afferma che sarebbe antieconomico imporre un obbligo di comunicazione alla controparte; non solo, ma l'impossibilità di sfruttare a proprio vantaggio le notizie acquisite si tradurrebbe in un forte disincentivo alla ricerca e condurrebbe ad una paralisi nel processo di evoluzione ed aggiornamento delle conoscenze. Diversamente nel caso in cui l'informazione sia frutto di una mera coincidenza occasionale che non abbia comportato alcun aggravio economico, nulla osterebbe, in tale ipotesi, alla sua trasmissione²⁰.

L'approccio non convince poiché offre una soluzione quantomeno parziale del problema.

tibile di conservazione e riproduzione possa essere considerata come una cosa ai sensi dell'art. 1384, I comma, *code civil*: T.G.I. Paris, 27 febbraio 1991, in *J.C.P.*, 1992, II, p. 21809, con nota di P. LE TOURNEAU. La pronuncia, tuttavia, non può essere considerata risolutiva poiché si riferisce ad un'immagine e non all'informazione in sé considerata. Più interessante, sotto questo profilo, appare *l'arrêt Bourquin*, anche se si tratta di una fattispecie penale, in cui la Corte di Cass. Crim., condanna per furto due individui che si erano appropriati del contenuto di alcuni dischetti informatici: per la prima volta viene sancito che la fattispecie penalistica del furto è integrata anche dalla mera sottrazione del dato informativo in sé, senza dover necessariamente avere ad oggetto il supporto materiale dell'informazione. Sul caso, cfr. Cass. Crim., 12 gennaio 1989, in *Bull. Crim.*, n. 94; Si veda altresì il commento di M.P. DE LEYS-SAC, *L'arrêt Bourquin, une double révolution: un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons*, in *Rev. sc. crim.*, 1990, p. 507 ss. Il problema dell'informazione come bene giuridico è stato analizzato in chiave critica anche da D. Messinetti, il quale ritiene che il tentativo di "ricomporre sistematicamente" la tutela giuridica dell'informazione nel concetto di cosa si risolve «nel mettere insieme questioni diversissime, che hanno tutte un proprio distinto capitolo nel libro dell'ordinamento». L'Autore, in *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss., sottolinea come un tale approccio si traduca nello svuotamento delle categorie giuridiche tradizionali e conduca a «formulazioni tecniche del tutto destituite di fondamento pratico e plausibilità concettuale». La replica alle considerazioni riportate non si è fatta attendere: si veda sul punto V. ZENO ZENCOVICH, *Sull'informazione come bene giuridico (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 485 ss. Particolarmente pregevole la ricostruzione di C. BOURRET-S. CACALY-S. CHAMBOU, *Capital immatériel et information professionnelle. L'émergence d'un concept nouveau: l'information durable*, in *Documentaliste – Sciences de l'information*, 2008, vol. 45, p. 4 ss.

²⁰ La ricostruzione proposta investe, più in generale, il problema del rapporto tra obblighi di informazione ed errore che sarà oggetto di specifica analisi.